

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: uma leitura a partir de Carlos  
Santiago Nino e Roberto Gargarella**

**CURITIBA  
2011**

**MIGUEL GUALANO DE GODOY**

**CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: uma leitura a partir de Carlos  
Santiago Nino e Roberto Gargarella**

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito do Estado  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Faculdade de Direito, Setor Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri  
Co-orientador: Prof. Tit. Dr. Roberto Gargarella

**CURITIBA  
2011**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MIGUEL GUALANO DE GODOY

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: uma leitura a partir de Carlos  
Santiago Nino e Roberto Gargarella

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em  
Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca  
examinadora:

Orientadora:

---

Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri (UFPR)

---

Prof. Tit. Dr. Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

---

Prof. Tit. Dr. Roberto Gargarella (UBA)

Curitiba, 25 de fevereiro de 2011

*Somos uma democracia bloqueada, uma democracia mutilada, uma democracia sem povo; o que, aliás, é singular contradição de forma e substância, porquanto se suprime aí o passivo das liberdades e dos direitos humanos.*

*Paulo Bonavides*

## AGRADECIMENTOS

Preciso e devo agradecer, sempre e antes de tudo, à minha Família, minha Grande Família. Aos meus pais, fonte de todo amor, carinho, apoio e compreensão. Meu pai, herói da vida. Minha mãe, doçura e sabedoria. Ao meu irmão Gabriel Godoy, jurista maior, que se faz presente mesmo estando longe. Ao meu irmão Rafael Godoy, por me fazer viver a vida, rir e sorrir... pelo show da vida. Devo, também, um agradecimento especial à Stephanie Uille (e sua Família), companheira querida, amorosa e acolhedora, que tem me ajudado e confortado nesse duro percorrer da vida, em geral, e da vida acadêmica, em particular.

Na Academia, preciso e devo agradecer antes ao Prof. Tit. Dr. José Antônio Peres Gediel, que desde sempre me abriu as portas da Universidade, me acolheu como seu orientando, me ensinou a ler e pensar criticamente e, em toda sua grandeza, me permitiu alçar voo para outra área – o Direito Constitucional. Sua genial sensibilidade me fez ver para além das majestosas colunas da UFPR.

À minha Professora, Orientadora e Amiga Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri, exemplo de dedicação à docência, que me acolheu desde o primeiro ano da Faculdade, ainda em 2003. Maestrina no (re)pensar da Filosofia e do Direito Constitucional e que põe cor e beleza em tudo o que escreve. Sem ela jamais eu poderia percorrer o não caminho (como disse Jacques Derrida). Agradeço o tempo de aluno; o tempo de monitoria; o tempo de aulas; o tempo do Mestrado. Agradeço o que, para mim, está para além das palavras – é algo que só se descobre com o colorido de R. Britto, com o tom de um samba, com o indizível de Agamben e com a esperança da literatura. A ela devo agradecer tudo o que há de bom neste trabalho e também um pouco do que há de bom em mim mesmo.

Ao meu Co-orientador, Prof. Tit. Dr. Roberto Gargarella, que me ensinou a pensar com Nino e para além de Nino; que me recebeu sempre tão bem em Buenos Aires, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA); que, partilhando sua genialidade, sempre se dispôs a debater e corrigir minhas ideias e meu trabalho, fazendo-me ver, assim, no Direito Constitucional e na Democracia Deliberativa um bom caminho a seguir, uma

esperança a ser alcançada. *Por fin, muchas gracias por todas las charlas, sobretudo las desarrolladas en torno a una buena mesa con rica comida.*

À Prof. Dr.<sup>a</sup> Katya Kozicki, pelo ensino, pelas aulas interessantes com bibliografia e debates excelentes (sem muitos devaneios); pelas questões difíceis, mas principalmente pela sua generosidade no meu constante aprendizado.

Ao Prof. Tit. Dr. Clèmerson Merlin Clève, pela sua genialidade compartilhada, quando fui seu aluno, e pelo apoio para que eu fosse sempre em frente.

Ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, pelas lições ao longo de quatro anos em sala de aula, no MPF e, sobretudo, pelas palavras de contradição, pois é no conflito que se descobre a democracia (e o Direito Constitucional).

À Prof. Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado, pelos questionamentos e pela constante troca.

Ao Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto, que sempre se dispôs a debater algumas das ideias que estão neste trabalho e, assim, me ensinou muito.

Ao Prof. Tit. Dr. Gilberto Bercovici, que mesmo estando longe também se faz presente na crítica e no remar contra a maré (e porque também sou e estou na periferia).

Um agradecimento especial à Dr.<sup>a</sup> Vania Mercer, exemplo de profissionalismo, sabedoria e especial sensibilidade. Com ela pude ir em frente.

Agradeço ao meu amigo e interlocutor maior dessa jornada, José Arthur Castillo de Macedo, que sempre debateu tão bem e me ensinou tanto com nossas discussões e principalmente com nossos desacordos! Também vale um agradecimento especial à Nicole Gonçalves, querida, atenta e companheira na paixão pela democracia deliberativa. E entre esses apaixonados pelo Direito Constitucional (e pela democracia deliberativa) um agradecimento ao Professor e Amigo argentino Dr. Lucas Arrimada, sempre atento aos fundamentos e argumentos, por ser um professor exemplar e por me receber em seu estúdio impecável e interessantíssimo em Buenos Aires. Um obrigado ao colega e amigo Eduardo Borges, que me ajudou com algumas importantes pesquisas deste trabalho. Agradeço também à Prof. Dra. Estefânia

Barboza que me forneceu uma importante bibliografia para a escrita deste trabalho.

Um agradecimento aos amigos e companheiros do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR (CEJUR): Marília Xavier, Luciana Xavier, Felipe Bley Folly, Juliana P. Fonseca, Fernanda Gonçalves, Zé Arthur (de novo), William Pugliese, Eduardo Faria e Daniele Pontes. Salve Leminski!

Aos amigos queridos que sempre se mostram tão amigos: André Giamberardino, Tiago Massambani, Rene Toedter, Desdêmona Arruda e Gabriel Jamur, Melina Fachin e Marcos Gonçalves, Mauricio Dieter, Samir Namur, Ilton Norberto Robl Filho, Pablo Malheiros, Leonardo Orth, Ana Lúcia P. Pereira, Heloísa Krol e Dr.<sup>a</sup> Fernanda Karam Sanches(!).

Aos amigos de longe e de fora do Direito que, mesmo assim, me acompanham: Felipe Galzerani, Thomaz Oliveira, Ricardo Galvão, Guilherme Junqueira, Leonardo Steinke, Marcelo Silva, Felipe Hübner, Bruno Janz, Evandro Nishimuni, José Ferreira, Marcele Guerra, Ignacio César e Nicolás Schjuman (que me receberam em Buenos Aires).

Por fim, um obrigado àqueles que também marcaram esse trajeto (mesmo que aqui alguns já não mais estivessem e, por isso mesmo, também estavam) – meu Avô Aloísio de Abreu, meu exemplo; minha Avó Áurea Gualano, que saudade; minha Avó Cida Abib de Godoy, professora e educadora; meu Avô Sidney Godoy, que gostaria de ter visto tudo isso.

## RESUMO

Refletir sobre o direito constitucional é (re)pensar necessariamente o constitucionalismo e a democracia. A democracia entendida como governo soberano do povo encerra em si uma tensão ante o constitucionalismo compreendido como primado da lei, da Constituição. Nesse sentido, a relação entre constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base, qual seja, soberania e poder constituinte. É na Modernidade que a democracia é tida como governo do povo □ governo da maioria. Com isso, altera-se a ideia de soberania, que passa a ser popular, e também a partir daí caberá ao povo a tarefa de se autolegislar e fundar a ordem normativa que regerá a sociedade – a Constituição. A Constituição, no entanto, só adquire um sentido perene se situada num ambiente democrático, e a democracia só se realiza se estiver protegida e albergada pela Constituição. Diante dessa insanável e produtiva tensão entre democracia e constitucionalismo, uma alternativa é percorrer um caminho comum às duas noções: o princípio da igualdade. A noção de igualdade aqui tomada assinala não apenas um valor idêntico a cada um, mas também igual consideração e respeito aos seres humanos. É a partir dessa ideia de igualdade e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar um processo transformador da realidade. Dessa forma, concebe-se a democracia como um processo orientado à transformação. Processo este que, conforme propõem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, se opõe à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta para atuar em favor de uma posição coletiva. A democracia deliberativa parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade. A democracia só se justifica na medida em que permite a construção de um espaço público de deliberação. E será justamente neste espaço (estatal e(ou) não estatal) em que os cidadãos poderão então decidir qual o melhor rumo para suas vidas e que princípios e normas regerão a sociedade em que vivem. Se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a teoria da democracia deliberativa tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional. E é justamente a concepção deliberativa de democracia aqui defendida que indica o caminho e a direção a serem seguidos para se repensar essa prática jurisdicional. Vale dizer, desde a perspectiva da democracia deliberativa, o Poder Judiciário pode e deve atuar de maneira diversa, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das leis, aos direitos sociais e aos movimentos de protesto.

**Palavras-Chave:** constitucionalismo; democracia deliberativa; Carlos Santiago Nino; Roberto Gargarella.



## ABSTRACT

To think about constitutional law necessarily implies to (re)think constitutionalism and democracy. Democracy understood as sovereign government of the people implies a tension with constitutionalism understood as the rule of law. Then the relationship between democracy and constitutionalism leads to another which is in its origin, i.e., the relationship between sovereignty and constituent power. Since modernity democracy is taken as the people ruling themselves or the government by the people – majority government. This fact changes the very idea of sovereignty which becomes popular and introduces the idea of self-legislation. To the people is given the task of founding their own normative order, that is, the constitution. However, the constitution gets an enduring meaning only if it is in a democratic setting and democracy is only possible if it is protected by the constitution. In face of this permanent and productive tension between constitutionalism and democracy the alternative is to take a common path to both: the principle of equality which gives not only an identical value to either one but it also means equal respect to all. From this idea and from the existence of instruments that allow collective actions and decisions it is possible to think a process of transformation of reality. Such process as Carlos Santiago Nino and Roberto Gargarella affirm opposes itself to social construction based on *status quo* and is far from an individual and egoistic position in order to act in favor of a collective one. Deliberative democracy understands that a political system is valuable if it promotes impartial decisions through collective debates in which all potentially affected by such decisions participate and are treated as equal. Democracy is justified only if allows the construction of a public space of deliberation. And it is in this space (public or not public) that citizens can decide which is the best path for their lives and also which principles and norms will rule their society. If Judicial Power has a role to perform in the task of assuring and respecting democracy, on the other hand, deliberative democracy has also a role to perform concerning judicial function. It is the conception of deliberative democracy defended here which gives the direction to be followed in order to rethink the judicial function, particularly judicial review. From the perspective of deliberative democracy, the judiciary can and should act differently, especially regarding judicial review, social rights and protest movements.

**Keywords:** constitucionalism; deliberative democracy; Carlos Santiago Nino; Roberto Gargarella.

## SUMÁRIO

<b><u>RESUMO</u></b> .....	<b>xiii</b>
<b><u>ABSTRACT</u></b> .....	<b>xiv</b>
<b><u>INTRODUÇÃO</u></b> .....	<b>1</b>
<b><u>1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM RECORTE NECESSÁRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO</u></b> .....	<b>8</b>
1.1. <u>DEMOCRACIA (A PARTIR DA MODERNIDADE)</u> .....	12
1.2. <u>PODER CONSTITUINTE E PODER ABSOLUTO: OU QUANDO A DEMOCRACIA ENCONTRA O CONSTITUCIONALISMO</u> .....	14
1.3. <u>CONSTITUCIONALISMO (A PARTIR DA MODERNIDADE)</u> .....	21
1.4. <u>A CONSTITUIÇÃO ESCRITA (OU PODER CONSTITUÍDO) COMO POSSIBILIDADE PARA A DEMOCRACIA E PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</u> .....	27
1.5. <u>IGUALDADE (E/COM LIBERDADE) COMO ELO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO</u> .....	32
<b><u>2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO E ROBERTO GARGARELLA</u></b> .....	<b>41</b>
2.1. <u>ALGUMAS LEITURAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS</u> .....	51
2.1.1. <u>John Rawls: Um Olhar sobre sua Teoria da Justiça e sua Concepção de Democracia</u> .....	51
2.1.2. <u>Jürgen Habermas: Um Olhar sobre o seu Modelo Procedimental de Democracia</u> .....	57
2.2. <u>A DEMOCRACIA DELIBERATIVA PARA ALÉM DE JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS</u> .....	62
2.3. <u>A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO GUIA PARA A TOMADA DE DECISÕES LEGÍTIMAS</u> .....	69
2.4. <u>O PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO-DELIBERATIVO E A SATISFAÇÃO PRÉVIA DE DIREITOS SUBSTANTIVOS (OU PROCEDIMENTALISMO COM SUBSTANCIALISMO)</u> .....	76
2.5. <u>PRÁTICAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: MINIPÚBLICOS, ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E CONSELHOS</u> .....	84

<b><u>3</u></b>	<b><u>CARLOS SANTIAGO NINO, ROBERTO GARGARELLA E AS</u></b>	
	<b><u>POSSIBILIDADES DA CONCEPÇÃO DELIBERATIVA DE</u></b>	
	<b><u>DEMOCRACIA PARA A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL</u></b>	
	<b><u>CONTEMPORÂNEA</u></b>	<b>95</b>
<b><u>3.1</u></b>	<b><u>O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS</u></b>	<b>95</b>
<b><u>3.2</u></b>	<b><u>OS DIREITOS SOCIAIS</u></b>	<b>109</b>
<b><u>3.3</u></b>	<b><u>O DIREITO AO PROTESTO</u></b>	<b>118</b>
	<b><u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u></b>	<b>126</b>

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Não há constitucionalismo sem democracia e nem democracia sem constitucionalismo. Se à primeira vista essa relação parece dada, pressuposta, sob um olhar mais aprofundado, no entanto, é possível perceber que a união entre constitucionalismo e democracia é tensa, pois traz consigo um conflito irresolúvel.

Nesse sentido, Frank Michelman em um debate com Jürgen Habermas, ocorrido na Cardozo Law School, em 1999, a propósito do seu recém-lançado livro à época, *Brennan and democracy*, iniciou sua fala dizendo que:

O paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como autogoverno do povo – as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – *law of lawmaking* –, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar)<sup>2</sup>.

Pois bem, conforme o próprio Michelman afirmou na sequência de seu trabalho, conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da Constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então, alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária e das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional e que se pretende analisar ao longo deste trabalho a partir das construções teóricas que fazem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella,

---

<sup>1</sup> Algumas das ideias da Introdução e Capítulo 01 deste trabalho foram prévia e genericamente apresentadas em um estudo desenvolvido conjuntamente com a Prof. Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri sob o título *Constitucionalismo e democracia – soberania e Poder Constituinte*, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, em 2010. Vide: GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. *In: Revista Direito GV*. v. 06, n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. p. 159-173.

<sup>2</sup> MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 01 (Tradução livre).

especialmente a partir das relações entre as teorias desses autores com pensadores como John Rawls, Ronald Dworkin, Cass Sunstein, Jürgen Habermas, dentre outros.

Este trabalho é, assim, um primeiro passo para se repensar como a relação entre constitucionalismo e democracia e, em especial, a democracia deliberativa, pode abrir novos caminhos e possibilidades para a prática político-democrática e para a prática jurisdicional contemporâneas.

Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella não foram autores escolhidos ao acaso. Ambos buscam repensar os fundamentos do Direito e da democracia para mostrar como uma concepção deliberativa de democracia, comprometida com um debate público, robusto, que trate a todos como iguais, implica em um papel renovado para o constitucionalismo. Dessa forma, é então possível se repensar a atuação do Poder Judiciário que, mesmo diante de sua dificuldade contramajoritária, pode (e deve) atuar de forma mais democrática, dialógica, de modo a possibilitar e ampliar a participação popular nos processos de discussão e decisão; corrigir desigualdades e vícios que afetem esses processos; estabelecer uma nova forma de se encarar o controle judicial de constitucionalidade das leis; a efetividade dos direitos sociais e também os reclamos daqueles que só conseguem se fazer, ver e ouvir mediante atos de protesto.

Se, por um lado, a teoria da democracia deliberativa vem se refinando e ganhando cada vez mais espaço, por outro, também foram Nino e Gargarella que a pensaram (e vem pensando) desde uma perspectiva local, latino-americana, onde a experiência constitucional traz consigo severas dificuldades: instituições políticas parciais e dominadas por uma pequena elite (muitas vezes colonial e patriarcalista) que se reproduz e permanece no poder; representação política distante do povo e autointeressada; momentos de suspensão e quebra do ordenamento jurídico; severas e históricas desigualdades, etc. Mais do que dois grandes teóricos do Direito, têm-se, assim, dois pensadores comprometidos com a transformação da complexa e desigual realidade da qual partem.

Carlos Santiago Nino foi um dos maiores juristas argentinos do século XX. Debruçou-se sobre problemas teóricos e práticos relacionados à filosofia e teoria do Direito, bem como ao Direito Constitucional e os Direitos Humanos<sup>3</sup>. Além de suas

---

<sup>3</sup> Carlos Santiago Nino tem mais de uma dezena de obras publicadas, dentre as quais se destacam: *Introducción al análisis del derecho*; *La legítima defensa*; *Los límites de la responsabilidad penal*; *La*

obras como teórico do Direito, Nino teve papel importante na redemocratização da Argentina, tendo sido Assessor Especial de Raúl Alfonsín (o primeiro presidente eleito democraticamente após o fim da ditadura militar argentina durante os anos 70/80) e Coordenador do Conselho para a Consolidação da Democracia, espaço em que se elaboraram propostas para a reforma da Constituição argentina e do sistema de radiodifusão. Nino também se destacou nas discussões sobre as punições aos militares responsáveis pelo golpe de Estado e assassinatos em série contra os opositores do regime militar. Dessa forma, Nino aliou suas lições teóricas sobre o Direito a uma prática política democrática e em favor dos Direitos Humanos. Diante da vasta obra de Nino, neste trabalho optou-se por se fazer um recorte a partir de suas lições sobre democracia e constitucionalismo. Daí uma revisão bibliográfica mais profunda sobre suas obras mais afeitas a esses temas.

Roberto Gargarella é um dos grandes juristas latino-americanos da contemporaneidade, tendo se destacado pelos estudos que vem realizando e que têm tido grande impacto sobre a prática jurisdicional, em especial na Argentina<sup>4</sup>. Gargarella tem se dedicado ao estudo de temas relacionados à democracia, à participação e representação políticas, às teorias da justiça e, em especial, ao papel desempenhado pelo constitucionalismo (sobretudo o Poder Judiciário) nas democracias atuais. Gargarella sempre esteve muito vinculado às obras de Nino (de quem foi aluno e com quem, inclusive, escreveu um livro sobre o presidencialismo argentino) e, em especial, à sua concepção de democracia deliberativa. Diante da morte prematura de Nino, Gargarella seguiu e aprofundou seus estudos, os quais são marcados pela influência de autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Cass Sunstein, Owen Fiss, Jon Elster, Adam Pzeworski, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Gerald Cohen, dentre outros. Tais influências, somadas à formação sociológica de Roberto Gargarella, resultam num grande rol de obras publicadas sobre diversos

---

*validez del derecho; Ética y derechos humanos – Un ensayo de fundamentación; Fundamentos de Derecho Constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional; Juicio al mal absoluto; Un país al margen de la ley; La constitución de la democracia deliberativa, entre outros.*

<sup>4</sup> Roberto Gargarella tem diversas obras publicadas ao redor do mundo e em diversas línguas, dentre as quais se destacam: *Nos los Representantes – crítica a los fundamentos del sistema representativo; Crisis de la Representación Política; La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial; As Teorias da Justiça depois de Rawls; Derecho y Grupos Desaventajados; Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras; El Derecho a Resistir el Derecho; El derecho a la protesta – el primer derecho; Carta Abierta sobre la Intolerancia – apuntes sobre derecho y protesta; De la Injusticia penal a la justicia social, entre outros.*

temas. Dessa maneira, da mesma forma como se encarou a pluralidade de obras de Carlos Santiago Nino, também aqui, diante das diversas obras de Roberto Gargarella, optou-se por se fazer um recorte a partir de seus estudos que tratam essencialmente sobre o constitucionalismo e a democracia.

Diante disso, se com Nino se abrem novos caminhos para se repensar a relação entre constitucionalismo e democracia, é com Roberto Gargarella que se pode aprofundar essa relação, suas conseqüências, e ir além. Vale dizer, partindo-se da concepção deliberativa de democracia de Nino, com Gargarella pode-se pensar em outros temas de grande impacto e repercussão para a prática democrática e jurisdicional, tais como: conferir um rol mais democrático e dialógico ao controle judicial de constitucionalidade das leis; um papel renovado à Suprema Corte e à sua tarefa interpretativa; repensar a prestação jurisdicional relativa aos direitos sociais e encarar de maneira diversa da que predomina atualmente os movimentos de protestos daqueles que mais sofrem a negação sistemática de direitos fundamentais. Nesse sentido, a doutrina, os exemplos, práticas e experiências trazidos ao longo do trabalho são bastante significativos e se alinham profundamente à fundamentação teórica esboçada por Nino e Gargarella. Não significa, obviamente, que ignoro a doutrina brasileira, exemplos e práticas nacionais, mas neste trabalho optou-se por um recorte doutrinário específico e por se trazer os exemplos mais ligados aos marcos teóricos aqui definidos.

Pois bem, iniciei a introdução deste trabalho a partir da difícil, conflituosa (e produtiva) relação entre constitucionalismo e democracia. Mas, como se verá no Capítulo 1 deste trabalho, anteriormente à discussão sobre o paradoxo entre democracia e constitucionalismo há outra sobre soberania e poder constituinte. Isto porque se parte da premissa moderna de que a soberania é popular e, assim, cabe ao povo a tarefa de então se autolegislar, fundando, dessa maneira, a ordem normativa que lhe regerá, qual seja, a Constituição. Daí a necessidade de se preservar a Constituição, como a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, ambos. Por isso a relação entre constitucionalismo e democracia remete a que se dá entre poder constituinte e soberania. A ideia de poder constituinte como poder onipotente, fruto da soberania popular, que surge do nada e inaugura uma nova ordem é encarada por Antonio Negri como um poder que, paradoxalmente, se

autolimita ao criar a Constituição. Dessa forma, para Negri, o constitucionalismo representa justamente a domesticação desse poder soberano, popular, expansivo. Mas, ao contrário do filósofo italiano que vê no constitucionalismo o fim do poder constituinte, pode-se pensá-lo (o constitucionalismo) justamente como o instrumento necessário para se refletir sobre uma constituição da potencialidade, vinculada à ideia de soberania, de maneira que poder soberano, poder constituinte e poder constituído (Constituição/constitucionalismo) estejam intrinsecamente relacionados. Daí a importância de toda a radicalidade do poder constituinte quando internalizada pela Constituição. A tensão entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida nesse contexto conflituoso como um sinal vigoroso no sentido de uma esfera pública radicalmente democrática<sup>5</sup>. Se é o poder constituinte que funda a Constituição, será o constitucionalismo que a resguardará.

Diante dessa paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia, uma alternativa a ser explorada é percorrer um caminho comum a ambas: o princípio da igualdade. A igualdade assume, então, um importante papel ao determinar que todas as pessoas têm o mesmo valor moral. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar dos processos de discussão e decisão em pé de igualdade<sup>6</sup>. É a partir dessa ideia de igualdade e da existência de instrumentos que possibilitam atuações e decisões coletivas que se pode pensar um processo transformador da realidade, sobretudo a realidade latino-americana. Dessa forma, concebe-se a democracia como um processo de transformação. Processo este que, conforme propõem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, se opõe à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta para atuar em favor de uma posição coletiva.

No Capítulo 2, partindo da conjugação entre soberania e poder constituinte, bem como entre democracia e constitucionalismo, suas possibilidades e dificuldades, chega-se à concepção de democracia deliberativa defendida por Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. A democracia deliberativa, segundo esses

---

<sup>5</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005. p. 145.

<sup>6</sup> GARGARELLA, Roberto. *Constitución y Democracia*. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. p. 77.



autores, parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade. A discussão assume, assim, um papel central na tomada de decisões como o melhor meio para se chegar à melhor resposta. Com isso, vê-se a democracia deliberativa, melhor do que outras teorias da democracia, como o melhor procedimento para a tomada de decisões coletivas imparciais.

Nesse sentido, vale destacar as contribuições de John Rawls e Jürgen Habermas que estabelecem, cada um a seu modo, um ideal de justiça intimamente ligado a uma concepção particular de democracia deliberativa. A importância desses autores se dá pela influência que ambos tiveram sobre as teorias de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. O que se pretende fazer, assim, é uma leitura das concepções de justiça e democracia de Rawls e Habermas para mostrar como Carlos Santiago Nino busca a superação de ambas as teorias ao se utilizar tanto do poder de consciência individual, tão caro a Rawls, e do poder de discussão e deliberação coletivas defendido por Habermas. A posição intermediária entre Rawls e Habermas adotada por Nino é por ele intitulada de construtivismo epistemológico<sup>7</sup>. Nino fundamenta o valor epistêmico da democracia na busca da solução mais adequada mediante práticas discursivas coletivas e(ou) individuais, e põe em evidência a imparcialidade como requisito essencial para a busca dessa solução. Mas para que as decisões tomadas sejam, de fato, imparciais e produto de um robusto processo de discussão, é necessário que algumas condições prévias ao debate sejam satisfeitas. Tais condições devem ser cumpridas, na medida em que são elementos de justificação das democracias existentes e também são guias para o incremento de uma democracia mais aprofundada<sup>8</sup>. Daí o enfrentamento do conflito entre substancialismo e procedimentalismo.

Diante de uma robusta fundamentação teórica em favor da democracia deliberativa, ao final do Capítulo 2 busca-se mostrar com exemplos práticos como o processo democrático-deliberativo com valor epistêmico não é ideal, senão real.

---

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. p. 203. Nesse mesmo sentido: NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 166.

<sup>8</sup> NINO, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 180.

Com isso, no Capítulo 3 vê-se como toda essa construção teórica (e apontamento de exemplos práticos) sobre a democracia deliberativa pode e deve influir sobre a prática jurisdicional contemporânea. Vale dizer, se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a democracia deliberativa tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional. Nesse sentido, é preciso repensar o controle judicial de constitucionalidade das leis de forma a concebê-lo como prática excepcional, bem como se pensar em reformas institucionais que valorizem não apenas os processos democráticos e majoritários de tomada de decisão, mas que permitam e incentivem um diálogo institucional entre as distintas esferas de Poder a fim de que as decisões sobre as questões constitucionais sejam mais adequadas e democráticas. Da mesma forma, a concepção deliberativa de democracia abre caminhos para uma nova interpretação sobre o papel dos Juízes e Cortes na efetividade dos direitos sociais. Contra uma inação jurisdicional (geralmente fundada na separação dos Poderes) é possível, sim, conceber um papel ativo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. Além do mais, contra um ativismo judicial exacerbado, a teoria da democracia deliberativa apresenta uma série de medidas alternativas à última palavra em geral dada pelas Supremas Cortes. Por fim, mostra-se como a democracia deliberativa pode, e deve, servir de fundamento para que os movimentos e atos de protestos realizados por aqueles que sofrem sistemáticas violações de direitos fundamentais e encontram dificuldades para se expressar sejam livremente exercidos como direitos aptos a ser defendidos (e não punidos) pelo Poder Judiciário.

## 1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM RECORTE NECESSÁRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO

O constitucionalismo e a democracia são dois dos principais fundamentos do pensamento político moderno. Se, por um lado, o mote principal do constitucionalismo (liberal e moderno) é a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, a democracia (liberal e moderna) ocupa-se da participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas. É importante destacar, no entanto, que longe de recair no erro de um positivismo histórico, que concebe o andar histórico da sociedade como um processo de evolução, não é o objetivo deste trabalho remontar às origens da democracia e do constitucionalismo e tampouco às teorizações que os constituíram aos moldes atuais<sup>9</sup>. O que se pretende é, ao contrário, estabelecer um recorte histórico que permita examinar o momento no qual se dá a combinação entre constitucionalismo e democracia, momento esse encontrado na constituição do Estado Moderno<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Neste trabalho não se busca idealizar a democracia ou o constitucionalismo como construções retilíneas que evoluíram até tomarem suas formas atuais. Ao contrário, o que se pretende mostrar é apenas que, até a sua constituição atual, a democracia e também o constitucionalismo vêm passando por rupturas, continuações e mudanças que os definiram, então, aos moldes atuais. Como ensina António Manuel Hespanha, a história não é uma sucessão de fatos e acontecimentos ligados pelo historiador. Por isso, nenhuma história é sempre completa. Vide: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 05-21. Nessa mesma linha, Ricardo Marcelo Fonseca assevera que não se pode pensar o Direito Moderno (e assim, também, a democracia) como o resultado final de uma evolução histórica na qual tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabiamente assimilado e desencantado de modo a transformar tudo isso em algo sofisticado e elaborado. Vide: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23-24.

<sup>10</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza & Figli, 2009. p. 05. Durante o período compreendido entre os séculos XV a XVII os países europeus passaram por diversas transformações (políticas, econômicas, artísticas, tecnológicas etc.). Dessa forma, o Direito Medieval, caracterizado pela pluralidade de fontes (com normas ditadas por diversas instituições e sujeitos, tais como o Rei, a Igreja, as Corporações de Ofício, o Suserano etc.), pela forma não legislativa, foi, pouco a pouco, entrando em crise, sobretudo diante da emergência da economia mercantilista (capitalista) e do deslocamento (ascensão) do homem ao centro de todo o pensamento e das relações sociais. O Direito Medieval já não oferecia mais respostas suficientes para as novas perguntas que não paravam de surgir e se mostrava impossibilitado de estabelecer a regulação da vida cotidiana e a paz social. Questões como a quem cabia a titularidade do poder soberano e se era o homem dotado de direitos inatos foram determinantes para a falência do direito medievo e para a ascensão do direito moderno. É nessa mudança do ângulo de observação e na descoberta de novos valores estruturantes que começou concretamente o processo edificador da modernidade, processo esse que permeou e modificou as várias dimensões e manifestações da vida ocidental. Vide: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: História e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 16. GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p.19-26.

Daí a importância de revisitar as teorias de autores modernos, que pensaram a constituição do Estado Moderno a partir de um contrato, um pacto em que cada indivíduo cede parte de sua liberdade para sair de um estado de natureza (onde não existem limites para as possibilidades de atuação de cada um) para um estado limitado por um poder central – o poder do soberano. E é justamente esse poder soberano, a legitimidade dele e a sua transferência das mãos do monarca para as mãos do povo que será objeto de estudo nas linhas seguintes.

Thomas Hobbes, em seu livro “O Leviatã”, publicado em 1651, busca um fundamento para a soberania. Diante da constante disputa por várias facções do poder soberano, Hobbes preconiza a centralização desse poder nas mãos de um único sujeito: o monarca<sup>11</sup>. Somente ao Rei cabe o poder de dar e anular a lei, o poder de declarar a guerra e de firmar a paz, o poder jurisdicional, em última instância, e o poder de nomear os magistrados e funcionários<sup>12</sup>. Assim, para Hobbes, sem soberania não há poder político e nenhuma constituição é possível<sup>13</sup>. Essa constituição a que Hobbes se refere seria fruto de um acordo entre os indivíduos para que a sociedade não ficasse imersa no caos do estado de natureza. Dessa forma, os indivíduos pactuariam em favor do fim da desconfiança e do julgamento a que todos poderiam submeter uns aos outros<sup>14</sup>. Hobbes é, assim, o primeiro teórico contratualista a colocar o sujeito, o indivíduo em perspectiva e como elemento central da formação do Estado. O Estado, portanto, é condição para a existência da sociedade e esta só é possível justamente porque há um poder único, forte e centralizado o suficiente para fazer com que os seres humanos respeitem-se uns aos outros<sup>15</sup>.

---

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 33-39/72-77.

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147-148. Vide também: FIORAVANTI, M. *Constituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza & Figli, 2009. p. 20. RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 62.

<sup>12</sup> HOBBS, T. *Ibidem*. p. 148-149. Vide também: FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 78. RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 63.

<sup>13</sup> FIORAVANTI, M. *Ibidem*. p. 79.

<sup>14</sup> HOBBS, Thomas. *Ibidem*. p. 74-76.

<sup>15</sup> HOBBS, Thomas. *Ibidem*. p. 112-113/143-144. Vide também: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p.

Entretanto, não tardou para que se fizessem duras críticas a essa construção do Estado Absolutista e a todo o poder concentrado nas mãos do Príncipe. É a partir daí que John Locke, no desfecho da Revolução Gloriosa, escreveu seus “Dois Tratados Sobre o Governo”, publicados em 1689, e, assim, criticou a concepção de Estado de Hobbes, a qual se fundava em um Estado Absolutista, compreendido pelo *Leviatã*<sup>16</sup>, e propôs a formação de um Estado baseado no respeito aos direitos naturais e políticos do cidadão<sup>17</sup>. O Estado Liberal é pensado por Locke como organização política de poder limitado e destinado a garantir a proteção de direitos naturais, sobretudo, a liberdade e a propriedade. Para Locke, o homem no estado de natureza era capaz de instituir sua propriedade (*property*), ou seja, tinha condições de garantir a sua própria segurança, bem como a de seus bens<sup>18</sup>. No entanto, faltaria a esse sujeito uma regra fixa e consolidada, capaz de assegurar ao longo do tempo essa propriedade adquirida pelos indivíduos no estado de natureza; daí a necessidade de se pensar o sujeito como detentor de direitos naturais e o Estado como forma de limitação do poder e garantia desse direito de propriedade do indivíduo<sup>19</sup>.

A relevância da teoria de John Locke para a história do constitucionalismo e da democracia reside no fato de que foi ele quem formulou a distinção entre poder absoluto e poder moderado<sup>20</sup>. O poder é o exercício concentrado do poder legislativo e executivo por um único sujeito, seja ele o Rei ou a Assembleia (Parlamento). O poder moderado é o exercício separado e distinto do poder legislativo e do poder executivo. Ou seja, esses dois poderes não apenas são distintos, como também são exercidos por sujeitos e esferas diferentes. É assim que Locke estabelece a máxima

---

79-80. RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 59-62.

<sup>16</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo* – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 74. “Do que ficou dito é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo do mundo é, de fato, incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma qualquer de governo civil, porque o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza que resultam necessariamente de poder cada homem ser juiz em seu próprio caso (...).”

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 77. “A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiveram e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela”.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p. 73/76. Vide também: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 91.

do constitucionalismo: quem tem o formidável poder de fazer a lei não pode e nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, incluído, também, o formidável poder de coerção sobre os indivíduos; e quem dispõe de todo esse poder não pode ser, por sua vez, titular do poder legislativo<sup>21</sup>. Assim, Locke estabelece não apenas a limitação do poder pelo respeito aos direitos naturais, mas também sugere uma nova conformação do próprio poder, que não mais deveria ser exercido de maneira única e concentrada.

Vê-se, assim, um contínuo rearranjo das noções de comunidade política (aqui está, afinal, o surgimento do Estado), de poder e de como exercer esse poder. E é justamente esse rearranjo que funda as bases do constitucionalismo e a sua (posterior) relação com a democracia. Nesse caminho de rupturas e continuidades da nova conformação da sociedade e do exercício do poder, destacam-se os escritos de Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu.

Montesquieu, com sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, busca estabelecer a construção de um regime político moderado, instituído por uma Constituição. Para ele, o homem tende a naturalmente abusar do poder. Por isso, os direitos individuais de cada um somente estariam protegidos se houvesse a instituição de um regime político que assegurasse esses direitos. Daí a sua proposta de que o poder de julgar esteja separado do poder de legislar e do poder de executar<sup>22</sup>.

É assim, com a noção de poder concentrado nas mãos do monarca (Hobbes), a garantia e proteção de direitos naturais, sobretudo o direito de propriedade (Locke) e a separação dos Poderes (Montesquieu), que se fundam as bases do Estado Liberal Moderno. Se esses autores estabelecem as bases do constitucionalismo liberal moderno, a fundamentação e legitimação democráticas se dão, entretanto, com Jean Jacques Rousseau. É Rousseau, em sua obra “O Contrato Social”, publicada em 1762, quem retoma o problema sobre a fundamentação e legitimidade do poder soberano. Para Rousseau, a soberania não

---

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 97-98.

<sup>21</sup> LOCKE, J. *Ibidem*. p. 92-103. Vide também: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 93.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 157. Tendo em vista que o poder soberano é uno, indivisível, quando se fala em divisão de poderes, quer-se dizer, em verdade, em divisão de funções do Estado. Nesse sentido, vide: CLÈVE,

reside nas mãos do monarca (como queria Hobbes<sup>23</sup>), mas, sim, nas mãos do povo.

### 1.1. DEMOCRACIA (A PARTIR DA MODERNIDADE)

Jean Jacques Rousseau, filósofo, teórico político, inspirador do ideário que embasou os princípios e razões da Revolução Francesa de 1789, tratou da democracia como governo da maioria. Rousseau criticou a propriedade privada, antes tão defendida por Locke<sup>24</sup>, e também a sociedade da qual fazia parte. Rousseau defendeu os ideais de liberdade e igualdade, pois, para ele, seria impossível haver liberdade sem igualdade<sup>25</sup>. É em seu livro “O Contrato Social” que Rousseau teoriza concretamente sobre o Estado e o Povo<sup>26</sup>. Ainda, é em tal obra que ele estabelece as raízes democráticas modernas, ao conceber o Estado fundado na vontade geral. Esta não se confunde com as vontades particulares de cada cidadão e tampouco é a soma de todas elas. Não é senão a vontade comum, a soma das diferenças das vontades particulares<sup>27</sup>.

É a partir da concepção de vontade geral que Rousseau confere à política a condição de arte e meio construtor do interesse comum. Vale ressaltar que Rousseau não admite a representação. Para ele, a vontade geral expressada pelos cidadãos é um ato de soberania, enquanto a vontade declarada por intermédio de um representante é uma simples vontade particular, um ato de magistratura ou, quando muito, um decreto. Dessa forma, para Rousseau, a soberania do povo só existe se for baseada na vontade geral<sup>28</sup> e o pacto social é o ato pelo qual o povo funda efetivamente a sociedade. Com isso, somente a concreta participação do povo

---

Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29-31.

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147-148.

<sup>24</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo* – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 51-60/77.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 45.

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 37-57/66-68.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 52-53. “Há comumente grande diferença entre a vontade todos e a vontade geral; esta só fita o interesse comum; aquela só vê o interesse, e não é mais que uma soma das vontades particulares.”

garante o bem comum e os direitos de cada cidadão<sup>29</sup>. Nesse sentido, a soberania é o exercício da vontade geral<sup>30</sup>, não havendo outro soberano que não o povo. É tão nuclear essa noção de vontade geral e a sua relação com a soberania no pensamento de Rousseau que, conforme aponta Maurizio Fioravanti, a Constituição está totalmente absorvida por estes conceitos não podendo, portanto, ser considerada um limite ou uma garantia<sup>31</sup>.

É a forma como Rousseau estabelece a relação entre soberania popular, vontade geral e democracia que faz dele um autor importante, pois é somente a partir da compreensão da vontade geral como expressão da soberania popular que se pode fundar as bases da democracia como governo do povo. Nessa perspectiva, a Constituição, compreendida como limitação do poder, só tem sentido se for expressão da soberania popular. A grande contribuição de Rousseau para a formação do Estado Moderno foi, portanto, e justamente, a reivindicação da soberania popular, estabelecendo, assim, o caráter democrático do Estado (característica essa até então ausente ou, quando muito, incipiente).

É a partir das concepções desenvolvidas na Modernidade por teóricos como Rousseau, que a democracia é, então, tida como governo do povo, como governo da maioria. Há, assim, neste processo histórico, um deslocamento do poder das mãos do monarca (Hobbes<sup>32</sup>) para as mãos do povo (Rousseau<sup>33</sup>). E é esse deslocamento que torna o povo não apenas soberano, mas inaugura as bases da democracia moderna.

Dessa forma, não somente se altera a ideia de soberania, que passa a ser popular, mas também a partir daí caberá ao povo a tarefa de se autolegislar e, então, fundar a ordem normativa que regerá a sociedade, qual seja, a Constituição<sup>34</sup>. Vale dizer, se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. p.50. “A soberania é indivisível pela mesma razão de ser inalienável. Porque ou a vontade é geral, ou não, ou é a do corpo do povo, ou só de uma parte dele. No primeiro caso, a vontade declarada é um ato de soberania e faz lei.”

<sup>29</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Ibidem*. p. 50-51.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 53. “Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os a-mais e os a-menos que nela se destroem mutuamente, resta como soma das diferenças, a vontade geral”.

<sup>31</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 84.

<sup>32</sup> HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147-148.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Ibidem*. p. 40-42/49-54.



sejam respeitadas, daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade<sup>35</sup>, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. Daí pensar que a conjugação constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base: soberania popular e poder constituinte.

## 1.2 PODER CONSTITUINTE E PODER ABSOLUTO: OU QUANDO A DEMOCRACIA ENCONTRA O CONSTITUCIONALISMO

A noção de soberania no início da Modernidade aparece no final do século XVI ligada à noção de Estado, significando o poder supremo, perpétuo, absoluto, que deveria governar a comunidade política. Tais características permaneceram atreladas ao Estado Moderno e foram, inicialmente, discutidas por Jean Bodin em sua obra “Os Seis Livros da República”.

Na referida obra, o autor identifica a soberania como o poder absoluto e perpétuo de uma República<sup>36</sup>. Assim, estas duas características, absoluta e perpétua, foram pensadas como condições fixas para o exercício do poder. A soberania é, então, perpétua na medida em que o verdadeiro soberano permanece sempre capturado por seu poder e é absoluta na medida de sua incondicionalidade. Ou seja, se o poder atribuído pelo povo é condicionado, não é, propriamente, soberano e absoluto.

Embora Bodin identifique o poder soberano a partir do seu lugar, o qual é ocupado pela figura do rei, ele é cuidadoso ao definir a soberania abstrata e impessoalmente. Nesse sentido, poder-se-ia abstrair a figura do soberano tanto da imagem do governo como da imagem do parlamento ou do povo. Note-se que, com Bodin, começa a se solidificar a ideia de que é necessária a institucionalização de

---

<sup>34</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 127-132.

<sup>35</sup> GARGARELLA, R. *Ibidem*. p. 127-128.

<sup>36</sup> BODIN, Jean. *Los seis libros de la Republica*. Trad. Gaspar de Añastro Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 267.

um núcleo rígido e inalterável do poder político, que deve ser estabelecido na pessoa do Rei<sup>37</sup>.

Conforme mencionado anteriormente, Hobbes, um século mais tarde, sublinha o fato de que os pactos ou contratos sem a espada, ou seja, sem a força, não passam de palavras e, assim, sem condições de dar segurança aos homens<sup>38</sup>.

Tanto Hobbes quanto Bodin identificam, portanto, o poder soberano a partir do seu lugar, o qual é ocupado pela figura do Rei. Entretanto, o caráter abstrato e impessoal da soberania foi, desde então, afirmado de maneira que não só o monarca, mas também o parlamento ou o povo possam personificá-lo. Nesse último sentido (o do povo personificando o poder/soberania popular), tem-se a democracia como um poder absoluto e perpétuo, o qual o Estado de Direito (ou o Constitucionalismo) foi compelido a refrear e neutralizar<sup>39</sup>. A limitação do poder absoluto pelo Direito faz pensar no próprio poder que constitui este último, que se relaciona diretamente com aquele.

Daí a importância de se discutir o poder constituinte. Para o Direito, o poder constituinte é, tradicionalmente, a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Dessa perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova.

Foi no calor e no entusiasmo da Revolução Francesa que um abade francês de Chartres, chamado Joseph Sieyès, desenvolveu a teoria do poder constituinte, tendo em mente que toda Constituição pressupõe um poder soberano e constituinte, ao qual todos os demais poderes do Estado estão sujeitos. Esse poder não está vinculado a nada senão a si próprio. Sieyès escreveu, às vésperas da Revolução, o livro “A Constituinte Burguesa - Que é o Terceiro Estado?”, com claras inspirações nas obras de Locke e de Rousseau. É nesta obra que Sieyès concebe a existência

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 269. Vide também: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 72-77.

<sup>38</sup> HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 283. “O cargo de Soberano (seja ele um monarca ou uma assembleia) consiste no fim para o qual lhe foi confiado o poder soberano, nomeadamente a obtenção de *segurança do povo*, ao qual está obrigado pela lei de natureza e do qual tem de prestar contas a Deus, o autor dessa lei, e a mais ninguém além dele. Mas por segurança não entendemos aqui uma simples preservação, como também todos os confortos da vida, que cada homem, por esforço lícito, sem perigo ou inconveniente para a república, adquire para si próprio”.

<sup>39</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005. p. 133-134.

de um poder imanente à nação, superior aos poderes constituídos e impossível de ser modificado por eles, qual seja, o poder constituinte. Para Sieyès, a Constituição pressupõe, antes de tudo, um poder constituinte, representante da soberania popular<sup>40</sup>. Ou seja, os poderes resultantes da Constituição estão e são submissos a um poder constituinte anterior, à vontade soberana popular e, portanto, tal poder não estaria vinculado a nada mais a não ser à sua própria vontade<sup>41</sup>.

No entanto, é importante destacar que a ideia de soberania, para Sieyès, fundava-se na soberania nacional e não na soberania popular, pois, para ele, a ideia de povo estaria subsumida na ideia de nação. Isto porque para o abade francês o conceito de nação estava ligado à imagem do Terceiro Estado, e este se sobrepunha ao Clero e à Nobreza<sup>42</sup>.

A noção de poder constituinte proposta por Sieyès é pensada em um contexto revolucionário, ou seja, de (re)instituição da ordem, e representa uma espécie de marco zero da maioria e da (nova) Constituição. Essa noção de poder constituinte relacionada ao soberano tem sido problematizada por filósofos e juristas e, contemporaneamente, tem sido rediscutida de forma crítica, dialética e bastante radical pelo filósofo político Antonio Negri<sup>43</sup>.

Para Negri, o poder constituinte não se manifesta apenas como fonte onipotente e expansiva que produz normas constitucionais de todo o ordenamento jurídico<sup>44</sup>, mas também o considera sujeito desta produção, desta atividade igualmente onipotente e expansiva<sup>45</sup>. Negri mostra como a tarefa de ordenar o poder constituinte, como sujeito da política e para a política democrática, é complexa. Para Negri, falar de poder constituinte é falar de democracia. E “qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas

---

<sup>40</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* - que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 117-119. “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. (...) A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.”

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 117. “A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade.”

<sup>42</sup> *Ibidem* p. 118. “O Terceiro estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é o Terceiro estado não pode ser olhado como da nação. Quem é o Terceiro estado? Tudo.”

<sup>43</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte* – ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 07-24.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p. 08-09.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 07-08.

constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática”<sup>46</sup>.

Negri cita Burdeau para mostrar como o poder constituinte apresenta do ponto de vista jurídico uma dificuldade excepcional, dada a sua natureza híbrida. A potência do poder constituinte é avessa a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e competências, permanecendo sempre estranha ao Direito<sup>47</sup>. É um poder que funda o Direito, mas se opõe a sua fundação. Essa dificuldade se acentua ainda mais pelo fato de a democracia ser rebelde à constitucionalização<sup>48</sup>. Vale dizer, a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção das normas constitucionais. Paradoxalmente, é um poder onipotente que surge do nada e organiza todo o Direito. No entanto, deve ser temporalmente limitado, encerrado em uma facticidade<sup>49</sup>. Nesse sentido, deve-se compreender o lugar da soberania como um lugar de inerradicabilidade da tensão para que se possa, então, pensar a soberania em termos do poder constituinte sem que ambos sejam sacrificados<sup>50</sup>. A partir disso, vale ressaltar o que asseverou Sieyès, ao dizer que a Constituição pressupõe, em primeiro lugar, um poder constituinte<sup>51</sup>, isto é, a constituição pressupõe a si própria como poder constituinte, e aqui está o paradoxo da soberania.

Conforme Negri, o que constitui/poder constituinte não provém de nenhum poder constituído, não se tratando, portanto, da instituição do poder constituído. É, sim, um ato de escolha, a determinação radical que desdobra um horizonte ou, ainda, se trata do radical dispositivo de algo que ainda não existe e cujas condições de existência devem perder suas características na criação. Na gramática da ciência jurídica o poder constituinte significa onipotência, onipresença e nenhuma limitação. Entretanto, esses significados são sacrificados pela pragmática, pelo uso dessa gramática que, ao contrário, exerce uma espécie de domesticação do poder

<sup>46</sup> *Ibidem*. p. 08.

<sup>47</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de sciences politiques*. v. IV. Paris, 1983. p. 171.

<sup>48</sup> NEGRI, Antonio. *Ibidem*. p.07 – 24; p. 207-208.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 07 – 09.

<sup>50</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the Law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005. p. 138.

constituente<sup>52</sup>. Dessa forma, a Constituição criada pelo poder constituinte e para a democracia se mostra, paradoxalmente, como obstáculo do próprio poder constituinte e da própria democracia.

Negri trata do poder constituinte a partir dessa crise que o caracteriza, qual seja, como poder detentor de força expansiva e onipotente capaz de criar regras jurídicas e, ao mesmo tempo, limitador da democracia, da vontade absoluta do povo<sup>53</sup>. Desse modo, o poder constituinte é absorvido pela máquina de representação e o seu caráter ilimitado é tolhido e enquadrado em sua própria gênese, pois passa a estar submetido às regras e à extensão do sufrágio.

O Direito toma o poder constituinte como algo absoluto, onipotente, ilimitado, e depois o limita, negando suas características mediante a limitação dos poderes constituídos<sup>54</sup>.

É preciso, pois, recuperar essa ideia e essa *práxis* de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, com toda a radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que irão regular os seus poderes constituídos.

Uma brevíssima remissão à filosofia primeira, ao livro “*Theta*” da Metafísica de Aristóteles<sup>55</sup>, conforme chamam a atenção Antonio Negri<sup>56</sup> e Giorgio Agamben<sup>57</sup>, no qual Aristóteles se refere ao ser não como uma entidade fixa, mas como um vir-a-ser, um ser em transformação ou em movimento. A fonte dessa transformação é *dynamis*, a qual não se confunde com aquilo que muda, a entidade fixa. Nesse sentido da *dynamis* aristotélica, o poder constituinte pode ser pensado não como completamente emancipado da soberania, mas como uma potencialidade constituinte. O poder constituinte não predomina e nem se sobrepõe à soberania, mas funde-se a ela. Por isso, é possível se pensar em uma constituição da

---

<sup>51</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* - que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 117-119.

<sup>52</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Ibidem*. p. 136.

<sup>53</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte* – ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 07 – 08.

<sup>54</sup> *Ibidem*. p.07–24. Sobre o enquadramento constitucional do sufrágio e os princípios regentes do Direito Eleitoral vide: SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>55</sup> ARISTÓTELES, *The complete works*. v. I e II. Metaphysics Princeton, New Jersey: Princeton University, 1984. p. 181.

<sup>56</sup> NEGRI, Antonio. *Ibidem*. p. 424/429.

potencialidade<sup>58</sup> vinculada à ideia de soberania, de maneira que poder soberano, poder constituinte e poder constituído estejam intrinsecamente relacionados.

Em suma, é essa relação entre poder constituinte, entendido como o poder soberano do povo, e o soberano, entendido como o povo que funda uma nova ordem normativa a fim de se autolegislar, que fundamenta e dá forma à difícil, tensa e paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia. Tensão essa que deve ser encarada como algo positivo e produtivo e que, ao contrário do que afirmam Negri ou Agamben, não aniquila o constitucionalismo e tampouco a democracia. Pois é justamente esse conflito que os alimentam, os forçam a se manifestar e a produzir efeitos – o constitucionalismo assegurando direitos e a democracia dando conteúdo e eficácia a esses direitos e estabelecendo a participação popular nos processos de discussão e decisão.

Retorna-se, então, ao problema inicial, qual seja, a difícil e paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia, (re)tomada agora como a relação entre o poder constituído e o poder constituinte. Diferentemente, porém, de Negri, pode-se conceber que o constitucionalismo, ao invés de frear o poder constituinte, o exhibe e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo. Isso ocorre quando, por exemplo, o constitucionalismo institui não só a proteção como também mecanismos de salvaguarda das minorias; da mesma maneira, quando se respeitam e se protegem os reclamos feitos sob a forma de protestos dos grupos sociais mais necessitados. Se, por um lado, para Negri o constitucionalismo sempre se refere ao passado, por outro, ele acontece no presente, e não como mera repetição desse passado, mas como condição para o exercício dos direitos. Assim, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro. Pode-se conceber que pode/deve, também, o constitucionalismo olhar para o presente e ter vistas ao futuro. E isso ocorre justamente nesses momentos de concretização dos compromissos históricos assumidos constitucionalmente, quando, por exemplo, se garante que o silêncio irrompido pelos protestos das minorias vilipendiadas não será suprimido, mas ouvido; quando, enfim, se respeitam e cumprem os direitos fundamentais.

---

<sup>57</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 51.

<sup>58</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Ibidem*. p. 54.

Em um trabalho da década de 1980 o professor francês Claude Lefort se referiu à democracia como um processo constante de reinvenção de direitos<sup>59</sup>. Nesse sentido, contra todas as formas de totalitarismo, ele defende uma revolução democrática, cuja principal característica é o conflito, o qual não deve, de forma alguma, ser erradicado da sociedade. Lefort mostra como a revolução democrática operada nas sociedades contemporâneas apartou o poder do Estado, até então ligado ao corpo do rei<sup>60</sup>. Diante disso, o poder aparece como um lugar vazio, onde aqueles que o exercem o fazem de maneira temporária e onde a unidade não pode apagar a divisão social. É também preciso pensar o sentido dos conflitos que, ao mesmo tempo, supõem o fato do poder e a busca de uma consideração das diferenças no Direito<sup>61</sup>. Esses conflitos constituem, cada vez mais, as especificidades das sociedades democráticas modernas. Dessa forma, a democracia inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo é dito soberano, mas também não para de questionar sua identidade, que permanecerá latente<sup>62</sup>. As reivindicações feitas em forma de protesto pelas parcelas marginalizadas da sociedade (aqueles que padecem de igualdade e liberdade) evidenciam não somente os conflitos (políticos, sociais, econômicos, culturais etc.), mas demandam, a todo tempo e de todas as formas, uma sociedade mais justa e igualitária. Elas reafirmam a potência do poder constituinte na concreção dos direitos fundamentais e, com isso, renovam o constitucionalismo. Por isso Lefort afirma que é preciso

[...] explorar os recursos de liberdade e de criatividade nos quais se abebera uma experiência que acolhe os efeitos da divisão; resistir à tentação de trocar o presente pelo futuro; fazer o esforço ao contrário para ler no presente as linhas da sorte indicadas com a defesa dos direitos adquiridos e a reivindicação dos direitos novos, aprendendo a distingui-los do que é apenas satisfação de interesse<sup>63</sup>.

A tensão entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida nesse contexto conflituoso como um sinal vigoroso no sentido de uma esfera pública

---

<sup>59</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática* – os limites do totalitarismo. São Paulo: Brasiliense, 1981.

<sup>60</sup> *Ibidem.* p. 118.

<sup>61</sup> *Ibidem.* p. 62.

<sup>62</sup> *Ibidem.* p. 118.

<sup>63</sup> LEFORT, C. *Ibidem.* p. 69.

radicalmente democrática<sup>64</sup>. Se é o poder constituinte que funda a Constituição, será o constitucionalismo que a resguardará. Aquele, como impulso, não somente funda, mas permanece em tensão com os poderes constituídos. Esses poderes (chamemos de constitucionalismo) defenderão e resguardarão a própria Constituição, não porque formalmente ela se impõe como norma (Hans Kelsen)<sup>65</sup>, ou como decisão política fundamental (Carl Schmitt)<sup>66</sup>, mas porque, conforme Carlos Santiago Nino, se a democracia possuiu um valor epistêmico<sup>67</sup>, isso requer a consideração de interesses expressados em tempos e espaços próximos para preservar a convenção constitucional<sup>68</sup>. Talvez nos seja dado, aqui, a pensar (com Nino) que, ao se preservar a convenção constitucional, mantém-se o impulso constituinte. Ao valor epistêmico da democracia agrega-se algo que está além dos procedimentos para se chegar aos melhores princípios morais, que é a própria potência ou o impulso constituinte que, de uma forma não naturalizada, e sim histórica, está presente onde quer que o povo se manifeste e onde quer que haja Constituição por força do poder (constituinte) popular.

Nesta *dynamis* (e por causa dela) entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, não se pode simplesmente datar uma Constituição no dia de sua promulgação, assim como não se pode datar o poder constituinte, por exemplo, no momento de formação da Assembleia Constituinte. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como eventos que remetem a processos históricos de lutas e reivindicações.

### 1.3. CONSTITUCIONALISMO (A PARTIR DA MODERNIDADE)

---

<sup>64</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005. p. 145.

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 216-217.

<sup>66</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrir: Alianza, 1992. p. 47. Vide também SCHMIT, Carl. *Teología política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11-21.

<sup>67</sup> A noção de democracia dotada de valor epistêmico aqui antecipada será analisada no Capítulo 2 deste trabalho.

<sup>68</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p.166-187. Conforme Nino, o valor da democracia está em sua natureza epistêmica, pois é o procedimento mais confiável para se chegar ao conhecimento dos princípios morais. Por esse motivo, essa visão não é uma visão perfeccionista na medida em que pressupõe uma diferenciação entre



Na esteira do que se vem mostrando, o constitucionalismo foi (e tem sido) um processo e uma conquista do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de afirmar a ideia de uma Constituição escrita como trunfo, como garantia de direitos.

Assim, a Constituição como expressão das conquistas históricas e, em especial, como garantidora de direitos e liberdades do sujeito, construída ao longo do século XIX pelos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionária<sup>69</sup>, se opôs aos poderes ilimitados de quem quer que seja (monarca ou povo), estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder. O que se percebe com essa discussão é que um dos desafios mais evidentes da teoria constitucional é compatibilizar uma Constituição escrita, relativamente estável, que assegure a proteção dos direitos e também limite o poder, com a intuição a favor de um autogoverno<sup>70</sup>.

Nesse sentido, a Constituição também impõe limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados. Diante disso, ainda que as Constituições modernas e contemporâneas fossem (sejam) liberais, elas podem, ou não, ser democráticas<sup>71</sup>, pois não basta atuarem simplesmente como limitadoras do poder sem honrar compromissos radicalmente democráticos como, por exemplo, o pluralismo político, a participação popular nas discussões e decisões etc. Daí a importância de a Constituição ser e estar comprometida com a democracia e guardar em si a ideia de potência, da qual fala Negri<sup>72</sup>.

Porém, diferentemente do que aponta o autor italiano, pode-se conceber que é a partir da aplicação da própria Constituição e da concretização dos direitos nela

---

balizas morais, limitando-se o valor epistêmico da democracia àquelas que são de natureza intersubjetiva.

<sup>69</sup> É importante salientar que da metade do século XIX em diante, a soberania, ao menos formalmente, é pensada como exercício do poder pelo povo e para o povo. Assim, o Constitucionalismo funciona como limitador deste poder que outrora (séc. XVI/XVIII) centralizava-se nas mãos do Rei.

<sup>70</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 128.

<sup>71</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova* [online]. 2004, n. 61, p. 05-24. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 jun 2010.

previstos que se pode atualizar e revigorar a potência constituinte no Estado Democrático de Direito. A potência constituinte reaparece quando a Constituição é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seus exercícios, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedecê-la<sup>73</sup>. É, portanto, pela concreção da própria Constituição que a potência constituinte é revigorada.

A falta de compromisso da Constituição com a democracia, restringindo-se aquela tão somente à limitação do poder, pode ser exemplificada com o constitucionalismo europeu e latino-americano do final do século XIX e começo do século XX. Nesses contextos, a Constituição está explicitamente presente como forma, porém o seu compromisso democrático está explicitamente ausente<sup>74</sup>. Isso porque na maior parte dos países dessa época a Constituição era tipicamente liberal, pois um instrumento exclusivo de limitação do poder e de garantias mínimas de direitos individuais.

É nesse cenário, e principalmente após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, que surgem demandas sobre direitos não contemplados pelas constituições liberais. Tais demandas provocaram um novo arranjo entre liberdade e igualdade, constitucionalismo e democracia. Como mostra Vera Karam de Chueiri,

[...] liberdades básicas como a de ir e vir, reunião, associação, expressão, religião, convicção política e filosófica etc. só têm sentido e devem ser protegidas se tornarem melhor a vida das pessoas, na medida em que lhes possibilitarem alcançar um nível respeitável de igualdade substancial. Por outro lado, a liberdade econômica característica do modo de produção

<sup>72</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte* – ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 07 – 09. p. 426.

<sup>73</sup> Sobre a possibilidade de desobediência civil em face de normas inconstitucionais vide: ARENDT, Hannah. *Tiempos presentes*. Barcelona: Gedisa, 2006; BELTRÁN, M.C., CASTELLI, G.L., ALLIONE, O. (Orgs.). *Derechos humanos, exclusión y resistencia*. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2006; BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 315-342; GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999; GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 205-238. GARGARELLA, Roberto. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 452-488; REPOLÊS, Maria Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>74</sup> A primeira Constituição Republicana do Brasil, por exemplo, oriunda de um Congresso Constituinte, previa o voto universal, mas tal “universalidade” não se estendia aos analfabetos, aos mendigos, aos praças militares e às mulheres, conforme artigo 70 da Constituição Brasileira de 1891.

capitalista deixa de integrar este rol das liberdades moralmente fundamentais e passa a sofrer intervenção estatal<sup>75</sup>.

A primeira Constituição a dar importância às demandas sociais por direitos e à *res publica* foi a Constituição mexicana de 1917<sup>76</sup>, promulgada dois anos antes da festejada Constituição de Weimar, de 1919. No entanto, o constitucionalismo ocidental esqueceu-se de referenciar aquela Constituição e também a sua antecessora – a Constituição bolivariana da Venezuela de 1811<sup>77</sup> – como precursoras das Constituições sociais.

Nas Constituições sociais o compromisso democrático revela-se na inclusão da sociedade como titular de direitos sociais, que devem ser garantidos e realizados tanto quanto os direitos individuais. Pode-se dizer que a busca da conciliação entre constitucionalismo e democracia, mediante a chamada democracia social, se manifesta na Constituição de Weimar, de 1919<sup>78</sup>, a qual foi, inclusive, resultado de

<sup>75</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e mexicana de 1917. In: Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar: O Direito do Trabalho e as Crises Capitalistas. 23 a 24 de junho de 2010. Anais... Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil.

<sup>76</sup> O art. 27 da Constituição Mexicana de 1917 estabelece uma clara diferenciação entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade privada, que pertence ao particular. Com isso, a Constituição Mexicana de 1917 põe fim ao caráter absoluto e individual da propriedade, sujeitando-a ao interesse público e ao bem estar social. “Art. 27 - *La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Esta no podrá ser apropiada sino por causa de la utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles (sic) de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública*”.

<sup>77</sup> BONAVIDES. Paulo. Constitucionalismo e social democracia. In: Congreso de Derecho Constitucional y VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. 06 a 10 de febrero de 2006. Anais... Universidad Autónoma de México (UNAM), México.

<sup>78</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución* – de la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 142-164. Destaque-se que aqui está a se falar já de uma democracia representativa, ainda que o art. 48 da Constituição de Weimar conferisse poderes extraordinários ao presidente.

um explícito poder constituinte<sup>79</sup>. Diante disso, as Constituições já não mais se limitam à organização dos poderes e à garantia de direitos individuais, mas também incorporam direitos sociais e coletivos na tentativa de atrelar o constitucionalismo com uma democracia que não seja meramente formal, vale dizer, liberdade com igualdade material.

Nesse sentido, Jürgen Habermas, em seu texto *Paradigms of Law*, descreve os paradigmas sob os quais esse percurso constitucional foi desenvolvido, quais sejam, os paradigmas Social-Liberal burguês e do Estado de Bem-Estar Social<sup>80</sup>. O primeiro paradigma traduz-se em uma proposta que confere ênfase às liberdades negativas e aos direitos individuais dos cidadãos que não podem ter sua autonomia cerceada pelo Poder do Estado. Nesse modelo, apenas a lei poderia limitar a atuação dos indivíduos. As normas são, portanto, elaboradas de forma abstrata e geral, desconsiderando a complexidade e especificidade dos contextos reais e das diferenças existentes entre os indivíduos, sendo o direito privado o primado do modelo em questão, intimamente relacionado à defesa da propriedade privada e à liberdade contratual. Aposta-se, assim, na felicidade pessoal resultante da busca de

---

<sup>79</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil. A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação. *Educ. Soc.* [online]. v.19. n. 63. 1998. p. 83-104. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Jun 2010. "Após a [Primeira] guerra e a abdicação do Kaiser, instala-se um governo republicano de caráter popular com seis "Comissários do Povo", representando a Social-Democracia (SPD) e a Social-Democracia Livre (USPD). Neste momento, várias reformas sociais pleiteadas pelos trabalhadores foram implementadas. Contudo, esta aliança não se sustentou no que se referiu à construção do futuro próximo da Alemanha. A SPD queria uma Assembleia Constituinte que definisse o futuro regime da República. Já a USPD pleiteava uma República Socialista. Durante este período, muitas foram as lutas sociais travadas no interior das esquerdas e dessas com relação aos grupos de direita. Além do assassinato de líderes importantes entre os quais Rosa Luxemburgo, discutia-se se as esquerdas deveriam participar do ou boicotar o processo eleitoral. As eleições para a constituinte, realizadas no início do ano de 1919, determinaram a hegemonia da SPD que tanto fez a maioria (não-absoluta) de cadeiras quanto compôs o 1º Governo. Apesar da recusa do partido comunista (KPD) em participar das eleições, as esquerdas lograram 45% das cadeiras, enquanto a centro-direita fez 33,3% e a direita, 14,7%. Trinta e sete mulheres foram eleitas para as 421 cadeiras em disputa. Em Weimar, pequena e pacata cidade próxima de Gotha, de Erfurt e de Leipzig, mas longe de Berlim, é instalada a Assembleia Constituinte. Homens do Exército, em número de 7 mil, tomam conta da cidade. Hugo Preuss, um professor da Universidade de Berlim pertencente aos quadros do Partido Liberal Democrático e de origem judaica, foi o autor do primeiro projeto de Constituição. Após a 5ª redação, a Constituição foi aprovada e promulgada em agosto de 1919, quase no mesmo instante da entrada em vigor do Tratado de Versalhes. Em 9 de novembro de 1919, instaura-se definitivamente a República. O país torna-se, então, uma República Federativa, com 17 Estados autônomos (Länder). Em Weimar, a Alemanha se dá uma nova Constituição que se esforça por ser um compromisso entre o unitarismo e o federalismo, entre o governo pessoal e o regime parlamentarista, entre a burguesia patronal e o socialismo proletário (PONTEIL, 1971, p. 121)."

<sup>80</sup> HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of law*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998. p. 14.

interesses individuais a partir de escolhas racionais. Tal modelo preconiza, economicamente, o livre mercado.

A abstração da realidade e a relação estabelecida com o capitalismo liberal fizeram com que o modelo liberal burguês que buscava, inicialmente, conceder igual proteção a todas as pessoas, promovesse um crescimento desigual das capacidades econômicas dos cidadãos e uma divisão também desigual de liberdades individuais, o que levou à reivindicação de direitos sociais<sup>81</sup>.

Tais reivindicações resultaram no surgimento do paradigma do Estado Social. Esse paradigma possui como característica principal a intervenção estatal na economia e nas relações sociais, de modo a restringir a extrema autonomia outrora concedida aos cidadãos e a promover igualdade e liberdade substanciais na vida dos indivíduos, de maneira a beneficiar uma maior parcela da população. O Estado Social, portanto, preconizando um modelo efetivamente igualitário e promotor de liberdades, pressupõe um papel estratégico de atuação e regulação<sup>82</sup>.

O Estado, assim, passa a ser promotor de assistência social, serviços de saúde, acesso à moradia, educação e lazer e necessidades básicas dos indivíduos. Se, por um lado, tal postura mostra-se preocupada em conferir efetividade à dignidade humana, por outro deixa entrever um certo “paternalismo” supressor da autonomia individual.

Considerando os pontos positivos e negativos dos paradigmas liberal e do social, Habermas propõe a adoção de um novo modelo social, o paradigma procedimentalista do direito, situado entre o indivíduo egoísta e a atuação exacerbada do Estado nas relações sociais. Para ele, no paradigma procedimentalista do direito o lugar do *homem econômico* ou do *cliente do Estado Social* é ocupado pelos cidadãos, que devem participar da comunicação política a fim de articularem suas vontades e necessidades; de se conceder espaço e voz às reivindicações de interesses violados e, sobretudo, de se estabelecerem estandartes e critérios para que os iguais sejam tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual<sup>83</sup>.

A análise de Habermas é importante porque mostra que se o modelo liberal

---

<sup>81</sup> *Ibidem.* p. 14-15.

<sup>82</sup> *Ibidem.* p. 17.

<sup>83</sup> *Ibidem.* p. 18.

assentava-se na autonomia privada e, conseqüentemente, na não intervenção (ou intervenção mínima) do Estado; o modelo de Estado Social, ao contrário, baseava-se na intervenção deste, pois apenas assim as pessoas teriam, efetivamente, condições materiais para ser autônomas<sup>84</sup>.

O constitucionalismo comprometido com a democracia e os novos direitos sociais aparece, assim, mais evidente nas chamadas constituições sociais – que incorporaram, expressamente, a democracia e os direitos sociais. Essa relação entre constitucionalismo e democracia, liberdade (direitos individuais) e igualdade (direitos sociais) se verifica, em geral, nas constituições escritas contemporâneas que trouxeram em seus textos a opção pelo regime democrático e incluíram em seu rol de direitos fundamentais não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais.

#### 1.4. A CONSTITUIÇÃO ESCRITA (OU PODER CONSTITUÍDO) COMO POSSIBILIDADE PARA A DEMOCRACIA E PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na Europa e, em especial, na França revolucionária (1789), a conquista de direitos se deu pelo combate ao Antigo Regime e às situações plurais de privilégios que ele sustentava. Daí a conseqüente retirada de poder das mãos do monarca e a sua transferência para os legítimos representantes do povo – o Poder Legislativo.

Nos Estados Unidos, ao contrário, os direitos individuais foram conquistados na luta contra o Parlamento inglês, que exercia um poder abusivo sobre os colonos norte-americanos. O temor que permeava o povo norte-americano, à época, ao contrário, era justamente o possível abuso de poder por parte do Poder Legislativo, tendo em vista sua trágica experiência com o Parlamento inglês. Foi por conta desse

---

<sup>84</sup> HABERMAS, J. *Ibidem*. p. 18-19. Cabe ressaltar que para Habermas apenas o paradigma procedimental torna possível uma intensa relação entre as autonomias privada e pública, uma vez que o exercício e gozo de cada uma delas ajuda na efetivação da outra. Isso ocorre uma vez que as leis legítimas e válidas advêm de formas de produção legislativas constitucionalmente previstas que pressupõe a esfera pública (assim entendida como rede social composta pela sociedade civil e pelos indivíduos autônomos privadamente). Assim, a esfera pública pressupõe a existência da sociedade civil, ou seja, a autonomia pública necessita e pressupõe a existência da autonomia privada. Há, portanto, tanto na esfera pública como na sociedade civil a necessária legitimação do poder e das leis mediante a interação comunicativa dos sujeitos.

cenário que nos Estados Unidos a tutela dos direitos individuais foi conferida não ao Presidente e nem ao Parlamento, mas à Constituição<sup>85</sup>.

Dessa forma, um importante legado da afirmação do constitucionalismo se encontra na Constituição dos Estados Unidos de 1787, ratificada em 1789. Essa Constituição, escrita após longos e exaustivos debates (Convenção da Filadélfia), definiu a forma e o conteúdo do *Rule of Law*, assumindo os princípios da separação dos poderes republicano e, mais tarde, a *Bill of Rights*. Com isso, impôs a limitação do poder, simbolicamente expressado por meio da locução *We the People*. Ou seja, há um poder constituído e limitado, uma lista de direitos individuais, porque o povo assim decidiu. Vale dizer, a decisão última reside no povo que institui uma Constituição.

Partindo desse pressuposto, o constitucionalismo adquire uma postura mais robusta de tal forma que o governo encontra-se limitado, a partir da Constituição, requerendo, em geral, um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário.

As Constituições contemporâneas, ao reafirmarem o princípio da soberania popular, assumiram a democracia como princípio basilar. Elas retomaram a tradição revolucionária das declarações de direitos, expandindo suas disposições normativas até os direitos sociais, os quais haviam sido apenas afirmados de maneira muito efêmera no curso da Revolução Francesa<sup>86</sup>. Além disso, após a Segunda Grande Guerra, as Constituições se afirmaram como rígidas, dotadas de procedimentos de revisão bastante duros e reforçadas por uma difusão do controle de constitucionalidade<sup>87</sup>.

Nesse quadro, enquanto a política exhibe o caráter democrático das relações e a dinamicidade do seu processo, o Direito exhibe a rigidez da fórmula constitucional.

---

<sup>85</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 16-17. Segundo Maurizio Fioravanti, “a revolução francesa confia os direitos e liberdades a obra de um legislador virtuoso, que é assim considerado por ser o grande representante do povo ou da nação, para além das facções ou dos interesses particulares; enquanto a revolução americana desconfia das virtudes de todo legislador – também eleito democraticamente – e, assim, confia os direitos e liberdades a Constituição, vale dizer, a possibilidade de limitar o legislador com uma norma de ordem superior”. Vide FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales* – apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trota, 2003. p. 83.

<sup>86</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales* – apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trota, 2003. p. 127-131.

<sup>87</sup> *Ibidem*. p. 127-129.

A Constituição brasileira de 1988, nesse sentido, expressa não apenas os direitos que busca garantir e efetivar, mas também apresenta os objetivos do Estado e o vincula, bem como a todos os cidadãos, nos seus artigos 1º e 3º. O art. 1º, em seu *caput*, anuncia o Estado brasileiro como República Federativa, constituído em Estado democrático de direito. Assume a democracia como elemento intrínseco a ele e em seu parágrafo único toma como fundamento a emanção do poder pelo povo. Ou seja, expressa, logo em seu art. 1º, a tensão entre democracia (soberania popular) e a limitação pelo Direito (constitucionalismo). Mais do que isso, em seu art. 3º institui os objetivos da República brasileira e impõe ao Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, comprometida com a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais<sup>88</sup>.

A importância da assunção desses compromissos, objetivos, fins e imposições exarados na Constituição é que ela, como norma, expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, por isso, é protegida por processos complexos de modificação.

Um constitucionalismo ainda mais robusto prevê que as normas constitucionais e infraconstitucionais sejam amplas, gerais, não retroativas, estáveis e se apliquem imparcialmente a todos, sendo para isso necessário um Poder Judiciário independente, que tenha autoridade e se imponha diante de uma situação de conflito. É imperioso um Poder Judiciário que imponha e aplique a Constituição, sob pena de sê-lo ineficaz, sujeito às pressões das majorias e inerte em relação à eficácia normativa da Constituição. O reconhecimento de direitos individuais que não podem ser violados por ninguém, nem pelo Estado; a existência de um controle

---

<sup>88</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;



rígido de constitucionalidade, assim como a separação de poderes, sobretudo a independência do Poder Judiciário, tornam o constitucionalismo ainda mais forte como defensor da Constituição<sup>89</sup>.

Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tensiona a todo tempo, provocando-o e renovando-o mediante a aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo, seja pelo Poder Judiciário.

No entanto, a democracia não pode ser reduzida a um mero valor constitucional. Conforme mostra Fred Dallmayr,

[...] a democracia é costumeiramente apresentada como um tipo de regime político justaposto a outros tipos de regime. O que essa visão negligencia é a dimensão experiencial da democracia, o fato de ser inerente a lutas e a agonias concreto-temporais. Contrariamente ao que podem sugerir os livros-textos, a democracia não é apenas uma opção de regime dentre outras igualmente disponíveis, mas propriamente constitui uma resposta a desafios e aspirações históricos<sup>90</sup>.

O Estado Constitucional foi conquistado no combate à falta do Estado de Direito. Este combate segue com a democracia, que deve ser cumprida diariamente na efetivação dos direitos fundamentais<sup>91</sup>, pois ela, juntamente com a soberania popular, pressupõe a titularidade do poder do Estado, o qual, em última análise, reside no povo. Por isso, a democracia não pode, e nem deve, ser encarada como mera técnica jurídica ou de representação, mas sim, como pressuposto, experimentação, substância e pauta para a toda atuação política e jurídica.

Por outro lado, a Constituição não se limita às suas categorias exclusivamente jurídicas, pois é ela, também, política. As questões constitucionais

---

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>89</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 16-17.

<sup>90</sup> DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2000. p. 13.

<sup>91</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 4ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

são igualmente políticas e percorrem os caminhos da democracia<sup>92</sup>. A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, e estas condições são, justamente, os princípios e as regras estabelecidas pela Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição só adquire um sentido perene se estiver situada em um ambiente democrático.

Por isso, “o discurso constitucional contemporâneo se afirma pela inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base”<sup>93</sup>. A imbricação entre os princípios e direitos previstos e garantidos pelas Constituições contemporâneas e a democracia evidencia uma convivência tensa, nem sempre harmônica entre eles. Carlos Santiago Nino observa que muitos autores concebem a união entre democracia e constitucionalismo como um “feliz matrimônio”, sendo a democracia constitucional uma forma de governo superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático. Esta união, porém, não é simples ou tranquila, já que promove tensões quando a expansão da democracia debilita o constitucionalismo ou quando este se fortalece demasiadamente e converte-se em freio para o processo democrático<sup>94</sup>. Nesse mesmo sentido, Gargarella mostra que o conflito entre constitucionalismo e democracia decorre, também, do fato de ambos apelarem a princípios opostos, gerando uma tensão que não é ficta e tampouco com solução óbvia<sup>95</sup>. O constitucionalismo contemporâneo se, por um lado, ampliou as possibilidades para melhor lidar com o problemático vínculo entre o direito, a ética e a política, por outro, tem experimentado uma crise própria de si. Crise esta reforçada pelo positivismo jurídico, o qual, ao longo do século XX, buscou negá-la por meio de um sistema jurídico autorreferente, fechado e inerte em relação às questões políticas, éticas e morais<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*. n. 61. 2004. p. 5-24. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 jun 2010.

<sup>93</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 161.

<sup>94</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 13-15.

<sup>95</sup> GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 69.

<sup>96</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 161.

Diante desse dilema, da insanável e produtiva tensão entre democracia e constitucionalismo, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia; isto é, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que isso signifique, necessariamente, o fim da tensão ou certo apaziguamento ingênuo entre ambos. Este caminho comum pode ser encontrado no princípio da igualdade<sup>97</sup>.

### 1.5 IGUALDADE (E/COM LIBERDADE<sup>98</sup>) COMO ELO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

O princípio da igualdade tem sido encarado, principalmente, a partir de duas perspectivas: o liberalismo político (mais individualista) e o radicalismo popular (mais coletivista). A distinção entre essas duas correntes políticas e a disputa entre elas se torna clara, em especial, a partir das discussões que deram origem à Constituição dos Estados Unidos, em 1786. Foi a partir do exemplo norte-americano que o liberalismo lá prevalecente foi, de certa forma e com certa peculiaridade, incorporado pela nossa história política e jurídica<sup>99</sup>.

O liberalismo parte de dois pressupostos teóricos e dois pressupostos institucionais. Os primeiros dizem respeito a (i) sua severa desconfiança em relação ao poder coercitivo estatal e (ii) sua severa confiança nas capacidades de cada sujeito escolher o modo de vida que mais lhe aprouver. Os segundos dizem respeito

<sup>97</sup> GARGARELLA, Roberto. *Ibidem*. p. 77.

<sup>98</sup> Assume-se, aqui, um conceito amplo de liberdade, compreendido, essencialmente, como não dominação. Vide: PETTIT, Philip. *Republicanismo* - una teoría sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, 1999. p. 150-153. Quando se assume tal conceito de liberdade (compreendido como não dominação), está a se falar não apenas em seu *status negativus*, pelo qual se busca preservar e defender a esfera individual (autonomia) do sujeito da intervenção estatal. Mas também de seu *status positivus*, compreendido como a participação livre do cidadão como elemento ativo da vida política e sujeito dotado de direitos de liberdade (direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais etc.). Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 395. Sobre a liberdade como direito fundamental vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 560-577; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 392-402; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 349-410; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>99</sup> GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad* – el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 01-09.

(i) à defesa de uma declaração de direitos e (ii) à defesa de um sistema de freios e contrapesos<sup>100</sup>. A desconfiança do liberalismo em relação à ação do Estado se dá pela sua preocupação em assegurar um âmbito de privacidade para cada pessoa. Ou seja, há uma clara preferência pela neutralidade do Estado no que diz respeito a questões privadas, tais como a opção religiosa, a propagação de ideias políticas etc. Dessa forma, cada indivíduo poderia escolher a melhor maneira de viver a sua vida sem sofrer qualquer tipo de interferência do Estado<sup>101</sup>. O principal meio encontrado para assegurar a proteção da esfera privada e evitar ingerências estatais foi a consagração de certos direitos individuais invioláveis. Assim, o sujeito deve ser respeitado em seus reclamos mais básicos, independentemente dos demais. Tal postura põe o indivíduo em primeiro lugar, concebendo-o como um fim em si mesmo de tal forma que nada e nem ninguém podem sacrificá-lo em nome de outro sujeito ou grupo<sup>102</sup>.

O radicalismo popular, por sua vez, dá clara preferência à participação popular na resolução dos assuntos públicos e, assim, tende a se opor a qualquer tentativa de fragmentação da vontade popular. Daí sua rejeição a um sistema legislativo bicameral, a submissão dos órgãos majoritários ao controle do Poder Judiciário ou a instituição de um sistema de restrições permanentes sobre as maiorias, tal como o sistema de freios e contrapesos proposto pelo liberalismo político<sup>103</sup>.

Nesse embate entre liberais e radicais foi a perspectiva liberal que se sagrou vitoriosa. Esse êxito do liberalismo (predominante nos Estados Unidos e ponto de referência para a América Latina) se deu à sua capacidade de conter os excessos proclamados pelos radicais populares, sobretudo com a bandeira do “equilíbrio”<sup>104</sup>. Adotou-se, então, não a separação estrita de poderes (como queria o radicalismo

---

<sup>100</sup> GARGARELLA, R. El contenido igualitario de constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p.07.

<sup>101</sup> *Ibidem*. p. 09-10.

<sup>102</sup> *Ibidem*. p. 12. Essa ideia é básica e fundamental para o liberalismo político. Vide: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>103</sup> *Ibidem*. p. 13. Essa foi a posição típica adotada pelos antifederalistas norte-americanos e que se consubstanciou na Constituição da Pennsylvania de 1776, redigida por Thomas Paine. Os antifederalistas propunham uma separação estrita de poderes, a fim de preservar o Poder Legislativo, o qual sempre foi objeto de desconfiança e controle por parte dos Liberais. Vide: STORING, Herbert. J. *The complete anti-federalist*. V. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1981. p. 54.

popular), mas sim o sistema de freios e contrapesos (defendido pelo Liberalismo), segundo o qual os poderes atuam como limites, balanças, freios e fiscais recíprocos, evitando-se, assim, o abuso e ingerência de um sobre os outros<sup>105</sup>.

Tanto nos Estados Unidos como na América Latina, em geral, a estrutura básica da sociedade foi profundamente marcada pela influência do pensamento liberal e de seus pressupostos. Esse traço se observa, sobretudo, nas principais características que marcam e marcaram as constituições modernas e contemporâneas dos países do continente americano, tais como o federalismo, a divisão de poderes, o controle judicial das leis, uma declaração de direitos básicos, e também o rechaço à atuação e intervenção do Estado<sup>106</sup>. No entanto, tais características do liberalismo político (individualista) foram absorvidas de diferentes maneiras em cada país. Do fim do século XVIII ao fim do século XIX, nos Estados Unidos, o liberalismo consolidou-se de maneira profunda, tanto teórica quanto prática, nas ações políticas. Na América Latina, no entanto, em geral, o liberalismo, não conseguiu estabelecer as bases de sua estabilidade, quer pelas suas próprias deficiências, quer pelas particularidades das sociedades latino-americanas. Daí a sua constante associação às correntes políticas conservadoras. Os conservadores apareceram, dessa forma, como os grandes provedores da estabilidade política que o liberalismo não conseguia promover na América Latina.

Essa associação entre liberais e conservadores causou o desvirtuamento do núcleo ideológico liberal ocasionando, por exemplo, a característica tendência dos governos latino-americanos à estruturação de um Poder Executivo extremamente forte e concentrado, apto a suspender direitos e garantias fundamentais, intervir em assuntos internos de governos locais; o fortalecimento de governos e políticas perfeccionistas em prol da religião católica; a defesa intransigente da propriedade privada em prol dos grandes latifundiários etc.<sup>107</sup>

De toda maneira, o constitucionalismo liberal teve sucesso na garantia da liberdade, da intimidade e vida privada dos cidadãos, na proclamação de direitos básicos e na limitação e estruturação do poder do poder do Estado. Além disso, o

---

<sup>104</sup> GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad* – el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 249.

<sup>105</sup> MADISON, James. *Os federalistas*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina; J. A. G. Albuquerque; Francisco C. Weffort. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 130-137.

<sup>106</sup> GARGARELLA, R. *Ibidem*. p. 247.

liberalismo garantiu a ideia de igualdade moral entre os indivíduos, já que todos os sujeitos são detentores de direitos básicos e devem, assim, ser tratados de forma igual, independentemente de suas crenças e formas particulares de vida. Foi graças a esse princípio igualitário que o liberalismo político pôde se diferenciar de outras correntes como, por exemplo, o radicalismo, o perfeccionismo e o elitismo<sup>108</sup>.

Por outro lado, o próprio liberalismo afeta suas pretensões igualitárias na forma como concebe os direitos e o sistema institucional. Isso porque, ao colocar travas às pretensões coletivas, de autodeterminação e autogoverno, sob a justificativa de proteção aos direitos individuais, deixa o liberalismo de cumprir efetivamente com sua promessa igualitária ao impedir acordos entre iguais que querem determinar de que modo vão organizar suas vidas em comunidade. Há, assim, uma contradição, pois o liberalismo prega a autodeterminação individual e nega a autodeterminação coletiva. Desse modo, o liberalismo deixa que assuntos públicos de extrema importância para a vida pública e coletiva (a distribuição de recursos, a distribuição e organização da propriedade etc.) sejam o resultado da iniciativa de alguns poucos (os mais ricos e talentosos) ao invés de ser o resultado de um acordo entre iguais<sup>109</sup>. A história e a prática do liberalismo individual, tanto na Europa e nos Estados Unidos quanto na América Latina, mostram como se tem dado maior proteção aos direitos individuais e menor proteção e maior limitação às ações coletivas.

Nesse mesmo sentido, o liberalismo afeta, também, suas pretensões igualitárias ao conceber um sistema institucional de freios e contrapesos que, apesar da boa (e até, de certa forma, efetiva) pretensão de mútuo controle entre os poderes, adota um viés contramajoritário e de controle sobre o poder mais democrático – o Poder Legislativo, democrática e periodicamente eleito. Esse controle pode ser visto, por exemplo, de forma mais clara, com a privação que o Congresso tem em dar a última palavra institucional sobre as questões públicas moralmente mais relevantes da sociedade<sup>110</sup>. Essa última palavra, como se sabe, tem ficado a cargo do poder com maior déficit democrático, o Poder Judiciário.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*. p. 248.

<sup>108</sup> GARGARELLA, R. El contenido igualitario del constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (Coord). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p.18.

<sup>109</sup> *Ibidem*. p. 19.

Se uma defesa consistente da igualdade requer não apenas a defesa de direitos individuais, de um sistema institucional que não ofenda tais direitos (como quer o liberalismo), mas requer, também, um direito à autodeterminação coletiva, é forçoso reconhecer o caráter insuficientemente igualitário do liberalismo político<sup>111</sup>. Esse viés do liberalismo (típico do *laissez faire*) espera que as questões públicas da comunidade sejam resolvidas pelas decisões dos indivíduos e não por discussões coletivas. No entanto, essa perspectiva não deixa apenas a vida pública e coletiva da sociedade em segundo plano, mas faz com que elas sejam o resultado das posições dos indivíduos mais bem posicionados na sociedade. Quando uma sociedade é caracterizada por sua grande desigualdade e pela injustificada e desigual distribuição de recursos (com o são as sociedades latino-americanas, em geral, e a sociedade brasileira, em particular), a possibilidade de que os resultados das questões públicas da comunidade sejam dados em benefício próprio por essa parcela minoritária e privilegiada da sociedade é enorme, sobretudo pela distância que marca tais pessoas da maioria em geral. E mesmo que tal distância fosse, de alguma forma, mitigada, ainda assim haveria um *déficit* democrático, visto que as questões públicas mais importantes continuariam a ser decididas por uns poucos e não por muitos<sup>112</sup>.

Uma postura mais consistentemente igualitária, ao contrário, busca reforçar a possibilidade de que os sujeitos se reúnam, debatam, discutam e decidam coletivamente os assuntos públicos mais importantes da sociedade. O que essa postura mais igualitariamente robusta busca ao defender tais possibilidades é, justamente, “reinstalar uma dimensão igualitária que se perde quando a vida coletiva fica sujeita ao resultado do incentivo e de iniciativas de uma minoria poderosa”. Dessa forma, um igualitarismo consistente, robusto, se preocupa em fazer efetivas e possíveis essas possibilidades de reunião, discussão e decisão coletivas sobre as questões públicas e coletivas mais importantes de uma sociedade. É assim que a vida pública torna-se fruto e mais dependente de um acordo entre iguais, em que cada um conta como um, independentemente dos recursos econômicos ou da

---

<sup>110</sup> GARGARELLA, R. *Ibidem*. p. 21.

<sup>111</sup> GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad – el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 260.

<sup>112</sup> *Ibidem*. p. 261.

capacidade de influência política de que disponha (ou careça)<sup>113</sup>. Isso não significa que todo assunto de interesse público tenha de ser resolvido coletivamente mediante a intervenção de todos os sujeitos ou por meio de assembleias gigantescas. É possível que seja suficiente a obtenção de acordos públicos sobre temas que a própria comunidade defina como os mais relevantes a serem discutidos e decididos por todos. Assembleias menores e instituições representativas locais também podem se constituir em meios e instrumentos eficazes para a discussão e decisão coletivas mais específicas. Defender uma ideia robusta de igualdade não significa defender o ditado popular “a voz do povo é a voz de Deus”<sup>114</sup>. Ao contrário: defender uma ideia robusta de igualdade significa defender o conhecimento da vontade pública, que se dá por meio de um processo de discussão e decisão coletivas, o que requer a difusão de informação, a confrontação de diversos pontos de vista etc.<sup>115</sup>.

Todavia, em países periféricos como o Brasil, grande parte da população vive em condições precárias (quando não, de pobreza e miséria extremas), tem seus direitos violados cotidianamente por ações ou, principalmente, por omissões, não tem acesso a condições básicas de saúde, alimentação, educação, segurança e, por isso, está excluída (formal e materialmente) desse processo de discussão e decisão da vida pública. Essa exclusão, é óbvio, é histórica, foi política e socialmente construída – não aconteceu por acaso ou de repente. Esse tipo de injustiça, de desigualdade, motivado por iniciativas pessoais se baseia em relações assimétricas, que não conferem igual respeito e consideração ao outro. A situação de desvantagem da qual partiram índios, negros, imigrantes, pobres, trabalhadores, não se deveu (não se deve até hoje) ao seu desdém, ao seu pouco caso, à sua falta de vontade, mas sim a uma situação de renegação que pessoas privilegiadas (abastados e(ou) proprietários) e o próprio Estado lhes impuseram historicamente<sup>116</sup>. Simplesmente pedir a essas pessoas que se libertem da situação opressiva em que vivem é, no mínimo, adotar uma postura ativamente hipócrita e passivamente preconceituosa. Diante disso, uma postura igualitária robusta exige a ação do

---

<sup>113</sup> *Ibidem.* p. 262.

<sup>114</sup> *Ibidem.* p. 266-267. Vide também: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p.181.

<sup>115</sup> *Ibidem.* p. 267-268.

<sup>116</sup> *Ibidem.* p. 269-270.



Estado para acabar com essas desigualdades que afetam uma parcela importante da população. Independentemente dos riscos que essa intervenção do poder público possa causar, das demoras ou ineficiências que essa medida possa gerar, tal ação é imperiosa por uma questão de justiça e igualdade<sup>117</sup>.

Essa postura confronta o liberalismo político sobre o modo como cada um deve ser integralmente livre, autônomo, dono de sua própria vida. Segundo o igualitarismo aqui defendido, o compromisso com a liberdade individual (tão cara aos liberais) requer que as pessoas não dependam de circunstâncias alheias a si. O igualitarismo se opõe a todas as desigualdades que impliquem prejuízos às pessoas e que sejam alheios à sua responsabilidade. Essas desigualdades devem ser combatidas e rechaçadas porque não somente alteram uma relação que deve(ria) ser entre iguais, mas, sobretudo, porque limitam a liberdade, a autonomia do sujeito. Uma defesa consistente do igualitarismo está, portanto, intimamente conectada à defesa da liberdade, da autodeterminação individual, pois somente assim o sujeito poderá levar adiante a vida que escolher. Da mesma forma, uma defesa consistente do igualitarismo está intimamente conectada à autodeterminação coletiva, a qual requer não apenas a concessão de oportunidades para a ação coletiva, mas também um arranjo institucional que apoie e torne possível tal ação<sup>118</sup>.

É somente a partir dessa noção forte de igualdade, que defende e promove tanto o autogoverno individual como o autogoverno coletivo (autonomia pública e autonomia privada) que se pode melhor compreender a relação entre constitucionalismo (o governo das leis, dos direitos) e democracia (o governo do povo, da maioria).

A partir das ideias de constitucionalismo e democracia, a igualdade assume importante papel ao determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade. Se dessa forma se presta o compromisso com a democracia, por outro lado se presta, também, o compromisso com o constitucionalismo, na medida em

---

<sup>117</sup> GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad* – el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 270.

<sup>118</sup> *Ibidem*. p. 272.

que se preservam os direitos fundamentais que permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais preservando, ainda, uma estrutura de decisão democrática na qual a opinião de cada sujeito vale o mesmo que a do outro. Assim, a igualdade resulta o fundamento último da democracia e do constitucionalismo<sup>119</sup>. No entanto, há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade material (substancial), somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, a exemplo da liberdade de expressão, de religião, convicção, orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas<sup>120</sup>. Essas liberdades são fundamentais para decidirem em favor da igualdade, enquanto outras liberdades, como, por exemplo, a liberdade econômica, são importantes na medida de sua limitação pelo poder público<sup>121</sup>.

A noção de igualdade aqui tomada é aquela defendida por Ronald Dworkin, a qual também se configura em não somente assinalar um valor idêntico a cada um, mas também em igual consideração e respeito<sup>122</sup>. Nesse sentido, incorpora-se também a ideia de que para tratar a todos como iguais é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, nas medidas de suas desigualdades. Ou seja, como expõe John Rawls, implica assegurar que a vida de cada indivíduo dependa das escolhas que ele fizer e não das circunstâncias em que ele nasceu<sup>123</sup>. Este ideal concebido por Rawls, em que se assegura a igualdade e a vida de cada um segundo suas escolhas, sem dúvida se mostra como um ideal regulador e que, destaque-se, está sujeito a violações por ações ou omissões do Estado e também dos particulares. Assim, o ideal de escolha e decisão de cada um sobre sua vida deve ser observado de maneira crítica, em especial quando se trata de um sistema democrático e constitucional de países periféricos e latino-

<sup>119</sup> GARGARELLA, Roberto. Constitución y Democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 77.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 158-159.

<sup>121</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 02 jan./jun. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2006. p. 329-330.

<sup>122</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 279-282; p. 419-427. *Idem*. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 123-128. *Idem*. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>123</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 121-122.

americanos, como o Brasil. Isso porque este ideal de escolha e decisão leva em conta as conjecturas culturais, sociais e econômicas do sujeito, bem como deve(ria) implicar um processo mínimo de formação, informação e reflexão críticas sobre sua própria condição. Ademais, essa concepção individualista, na esteira do que se propõe e compartilhando da noção de igualdade proposta por Roberto Gargarella, também envolve a possibilidade de tomar decisões coletivas orientadas a remediar situações de coletividades evidentemente prejudicadas<sup>124</sup>.

É a partir, sobretudo, da igualdade acima discutida (e/com liberdade) e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar em um processo transformador da realidade<sup>125</sup>.

Nesses termos, concebe-se a democracia como um processo orientado à transformação. Processo este que, conforme propõem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, se opõe à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta para atuar em favor de uma posição coletiva, fundada exclusivamente em um processo de construção e reflexão coletivas<sup>126</sup>. Aqui reside a importância da deliberação coletiva como elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas, já que se parte do pressuposto de igualdade e de que todos merecem igual respeito e consideração. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas por aqueles, na medida da inexorável, porém, produtiva, relação que estabelecem entre si.

---

<sup>124</sup> GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 79.

<sup>125</sup> Ressalte-se que a idéia de igualdade aqui defendida não ignora as críticas tão importantes e necessárias do Comunitarismo e do Republicanismo. É evidente que para uma defesa consistente da igualdade o cultivo de virtudes cívicas deve sempre estar presente.

<sup>126</sup> *Ibidem*. p. 83.

## 2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO E ROBERTO GARGARELLA

Buscando a conciliação dos valores liberais e da soberania popular, a democracia deliberativa parte da ideia de que procedimentos adequados de deliberação tornariam possível a obtenção de um acordo que pudesse satisfazer, ao mesmo tempo, os ideais de racionalidade e legitimidade exigidos para um aprofundamento da democracia<sup>127</sup>. Em que pese a democracia deliberativa ser objeto de diversos estudos<sup>128</sup>, optou-se, neste estudo, em delimitá-la preponderantemente segundo a proposta de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, passando, também, pelas teorizações de John Rawls e Jürgen Habermas, dada a importância destes autores nessa seara e a referência a que Nino lhes faz.

Na construção teórica de Carlos Santiago Nino, a democracia se apoia em uma defesa intransigente de direitos que assegure e proteja a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade do sujeito<sup>129</sup>. Dessa forma, resgata-se a perspectiva moral, incluindo-a não somente na esfera jurídica, mas também a utilizando como fundamento da própria democracia.

---

<sup>127</sup> KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. v. 41. 2004. p. 43-57.

<sup>128</sup> BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.) *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2007. CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.) *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro, 2003. COHEN, Joshua. Deliberation and democracy deliberative. In: PETTIT, Philip; HANLIN, Alan (Orgs.). *The good polity: normative analysis of the state*. London: Blackwell, 1989. COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Orgs.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge-Mass, London: MIT Press, 1997. COHEN, Joshua. Democracy and liberty. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denílson Luís; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2007. ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jimenez Rendondo. Madrid: Taurus, 1987. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>129</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 94-95.

Nino mostra que o contrapeso exercido pelo Direito sobre a democracia não pode ser excessivo, de modo a suprimi-la, ou de tal forma que rompa com o seu poder e sua esfera de atuação<sup>130</sup>. Com isso, busca-se preservar a operatividade e efetividade da democracia na defesa e atuação em prol da sociedade e dos próprios direitos dos cidadãos. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo Direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático, na medida em que o povo, que é afetado por essa restrição, toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões.

A democracia deliberativa pode, assim, conciliar sem ignorar a tensão existente, o Estado de Direito e a soberania popular, sendo ele (Estado de Direito) condição de possibilidade da democracia<sup>131</sup>. O Estado de Direito não assume apenas e tão somente o papel de limite à democracia (ainda que ele assim efetivamente o seja), mas também a figura de elemento essencial para a constituição da própria democracia. Com isso, foge-se de um modelo exclusivamente procedimental, em que, além de os direitos fundamentais serem considerados condições procedimentais da democracia, são, também, concebidos como condições para a cooperação democrática<sup>132</sup>. Diante disso, se em certa ocasião pode o Estado de Direito limitar decisões majoritárias, tal limitação não representa, para a democracia deliberativa, necessariamente, um óbice à soberania popular. Isso porque pode tal limitação atuar a favor da própria soberania, na medida em que os direitos fundamentais são condições de possibilidade da democracia e o controle de decisões majoritárias violadoras do Estado de Direito pode ser justificado a partir do próprio princípio democrático<sup>133</sup>.

Por essa razão, Nino rechaça qualquer forma autoritária de governo ou atitude política que não somente negue/viole direitos, mas que também exclua o

---

<sup>130</sup> *Ibidem*. p. 95.

<sup>131</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* – um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57.

<sup>132</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 211-212.

<sup>133</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* – um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57.

elemento democrático e participativo dos cidadãos. Com isso, o autor tenta resgatar o componente moral na esfera pública, onde direitos moralmente justificados impedem arbitrariedades do processo democrático, e onde o processo democrático moralmente legítimo afirma direitos positivos (ou não) em decisões que, até então, eram moralmente indiferentes ou indeterminadas<sup>134</sup>. Nino parte de uma concepção dialógica de democracia, em que política e moral não se separam, mas sim determinam o valor da própria democracia<sup>135</sup>. Assim, Nino foge de um modelo de explicação simplista e enfrenta a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Nessa perspectiva, Roberto Gargarella mostra que a democracia deliberativa parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade<sup>136</sup>. A ideia de avaliar a opinião de todos aqueles potencialmente afetados parece, assim, responder a essa intuição básica de que todos são iguais e devem ser tratados com igual respeito e consideração. Isto é, entende-se justo escutar e sopesar adequadamente o que cada pessoa quer dizer quando uma decisão interferirá diretamente em sua vida<sup>137</sup>. A democracia deliberativa busca, dessa maneira, promover um sistema político que atue de maneira a evitar e rechaçar decisões que sejam resultado de manipulações em favor de uma pessoa ou grupo para, ao contrário, privilegiar decisões coletivas e imparciais<sup>138</sup>. A democracia deliberativa se funda, assim, no seu poder de transformar, por meio da discussão pública, os interesses dos sujeitos de um modo moralmente aceitável.

A relação entre democracia deliberativa e discussão pública de questões morais, vale dizer, o exercício do discurso moral sobre assuntos públicos, é constantemente enfatizado, pois a democracia, como regime de governo, presume a apresentação de justificativas e o intercâmbio de críticas conduzidas por critério

---

<sup>134</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 96.

<sup>135</sup> *Ibidem*. p. 154. “La teoría que defiende es una concepción dialógica. Mientras algunas visiones de este tipo conservan la separación entre política y moral, mi concepción visualiza estas dos esferas como interconectadas y ubica el valor de la democracia en la moralización de las preferencias de las personas.”

<sup>136</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 157.

<sup>137</sup> *Idem*. 2010. p. 140.

<sup>138</sup> *Idem*. 1996. p. 157-158.

morais<sup>139</sup>. Dessa forma, a democracia deliberativa como discurso moral e fruto do debate público, adquire, então, um valor epistêmico. Esse valor epistêmico surge do efeito positivo que a discussão tem para detectar falhas na construção do conhecimento e da própria racionalidade. O valor epistêmico da democracia deliberativa surge, também, do fato de que por meio do debate público se pode presumir que o resultado do discurso se aproxima da solução mais imparcial. A discussão, assim, se mostra como um bom método, ainda que passível de falhas, para se chegar à verdade moral<sup>140</sup>.

No entanto, a verdade moral buscada por meio desse discurso moral (a democracia), fruto do debate público, não é algo exterior, fixo. Essa verdade moral não é algo que está fora, imóvel, permanente, e que será, então, buscada por meio do discurso moral. Essa verdade moral é, ao contrário, uma construção, pois a democracia, como discurso moral, é uma prática social e, assim, historicamente contingente<sup>141</sup>. Essa verdade moral deve ser compreendida como a busca pela solução mais adequada ao caso e estará sempre sujeita e limitada a certo contexto, a certa temporalidade. A verdade moral é, portanto, a busca por uma resposta apropriada, mas sempre contingente, sempre precária, sempre passível de revisão e superação. Quando as pessoas se reúnem para debater e solucionar questões morais, elas não o fazem com o fim de descobrir “A” verdade (como se ela fosse única, imutável, fixa, imóvel, permanente e que está fora), mas para encontrar soluções imparciais e adequadas a certa ocasião e determinado tempo (contexto e temporalidade).

A democracia, como discurso moral, tem também a função prática de possibilitar a superação de conflitos e buscar a cooperação de atitudes e condutas.

---

<sup>139</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 92-128/387-388. Concebe-se, assim, a democracia e, sobretudo, a democracia deliberativa, como uma espécie de discurso moral. Para Nino o discurso moral em si pode ser compreendido como uma técnica para convergir ações e atitudes, fundadas sobre uma base compartilhada de princípios. Um discurso (moral) dirigido a esse fim consiste no exame da adequação de princípios que pretende justificar, comportamentos balizados por regras procedimentais implícitas no discurso, como, por exemplo, a que estabelece que todo princípio deve ser aceitável desde um ponto de vista que considere imparcial e separadamente todos os interesses envolvidos. Nino ainda observa que essa técnica de discurso moral não garante, de antemão, resultados únicos ou definitivos. Ao contrário, é sempre possível que haja empates morais; que um princípio que fora justificado adequadamente por um discurso moral se mostre mais tarde, em outro momento, passível de substituição por outro que satisfaça melhor a atual circunstância.

<sup>140</sup> *Ibidem*. p. 390.

<sup>141</sup> *Ibidem*. p.101/120-121.

A sua função cognitiva está relacionada a essa sua função prática. A troca de argumentos, seja ela simples ou complexa, breve ou demorada, conduz a uma cooperação social em busca de decisões e soluções de conflitos<sup>142</sup>. São essas as razões pelas quais se pode dizer que a democracia (deliberativa), portanto, não se resume ao sufrágio. Pois ela, fundamentalmente, valoriza todo o processo que antecede ao sufrágio, o debate, a discussão pública, enfim, a reflexão coletiva que se produz e é levada a cabo antes do momento estritamente relacionado ao voto<sup>143</sup>.

A principal virtude da democracia deliberativa é, assim, a de que ela promove e facilita a discussão pública. Se essa discussão é preterida e não realizada pode-se supor que as decisões que surjam desse processo não são imparciais e, portanto, não haveria razões suficientes para apoiar tal sistema político. A discussão assume um papel central para a democracia deliberativa porque por meio dela se eliminam possíveis erros fáticos e lógicos que se apresentam nos argumentos. Ou seja, por meio da deliberação os sujeitos apresentam suas convicções perante os outros, os quais atuarão não como meros receptores daquela informação/opinião, mas como verdadeiros filtros. Essa dinâmica permite, ainda, que, além da identificação de possíveis equívocos, se incremente o argumento que até então estava sendo exposto com a adição de novas informações e opções, que eram ignoradas ou desconhecidas. Por isso a discussão é tão importante, pois é por meio dela que não apenas se retifica ou refina o argumento, mas também se conhecem os pontos de vista e interesses dos demais<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> *Ibidem*. p. 103/390. O discurso moral é uma prática social, historicamente contingente, que busca reduzir os conflitos e facilitar a cooperação. Todavia, Nino não é ingênuo e está consciente de que é evidente que em muitos casos o discurso moral não é operativo e está sujeito a limitações que podem mostrar-se insuperáveis (os indivíduos podem se negar a participar; pode haver simulações, enganos, confusões deliberadas, inexistência de consenso em torno à resolução de um problema, etc.). Para superar essas dificuldades, Nino propõe que o discurso moral seja então temporalmente limitado e a busca do consenso substituída pela aprovação da maioria. Entretanto, esses desvios pragmáticos das exigências do discurso moral não implicam o abandono de outras exigências fundamentais, como a de que as decisões devem assentar-se sobre princípios que satisfaçam as condições formais do discurso moral como, por exemplo, escutar os argumentos a favor e contra o que está sendo discutido em pauta; todas as pessoas devem participar da decisão coletiva, entre outras.

<sup>143</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 158.

<sup>144</sup> *Ibidem*. p. 159. Aqui reside também um dos fundamentos da crítica à concepção elitista da democracia. Governantes e representantes afastados das realidades e interesses populares carecem de meios seguros e constantes para conhecerem os pontos de vista e necessidades dessa parcela (majoritária) da população. Àqueles que defendem que a democracia deveria ser conduzida por sujeitos ilustrados pode-se responder que é difícil e duvidoso que um grupo de indivíduos que tem o poder de escolha e decisão sobre os rumos do restante da população terá a capacidade de



A discussão também apresenta um outro benefício, o seu caráter educativo. O processo deliberativo de exposição de opiniões, escuta dos argumentos etc., abre espaço para a autoeducação daqueles que estão debatendo, para a melhora de seus raciocínios, de sua convivência em comunidade<sup>145</sup>. A discussão pública é importante porque pode impedir, ajudar ou prevenir a tomada de decisões parciais, viciadas. Muitas vezes a tomada de decisões parciais também se deve à ignorância dos interesses ou preferências dos demais. Assim, a discussão pública resulta benéfica por reduzir os riscos de se ignorar ou mal interpretar os pontos de vistas dos outros<sup>146</sup>. A deliberação pública também tende a forçar as pessoas a modificarem seus argumentos de tal forma a torná-los mais aceitáveis pelos demais. E é justamente esse procedimento, a discussão e deliberação públicas, que tende a favorecer a formação do consenso e a tomada de uma decisão imparcial<sup>147</sup>.

A democracia deliberativa se mostra, então, como excelente fundamento e praxis porque favorece a tomada de decisões coletivas e imparciais melhor que outros, tais como o utilitarismo, o elitismo, o pluralismo e o consensualismo, os quais tomam como dados os interesses e as preferências das pessoas.

As teorias democráticas dividem-se em relação à perspectiva adotada sobre a incorporação das questões morais como parte das explicações e justificações de seus fundamentos<sup>148</sup>. Essas concepções de democracia não são meramente especulativas, pois cada uma delas, a sua maneira, implica um desenho institucional diferente. Para Carlos Santiago Nino, a democracia é um conceito parcialmente normativo, fundado em uma teoria moral que dá contorno às instituições necessárias à plena vigência da democracia<sup>149</sup>.

---

representar fiel e imparcialmente os interesses dos demais. Sacrificar a possibilidade de igual influência política efetiva sobre as decisões a serem tomadas sob a justificativa de que, assim, se aprimora a busca por soluções políticas melhores implica o sacrifício do próprio princípio da igualdade, o que, dessa forma, implica também o sacrifício da própria democracia, pois já não mais se confere igual consideração e respeito aos cidadãos. Para uma crítica à concepção elitista de democracia vide: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p.116-119. GARGARELLA, Roberto. *Nos los representantes*. 2ed. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010. p. 137-139. MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa – una teoría de la democracia*. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 252-267.

<sup>145</sup> GARGARELLA, R. *Nos los Representantes*. 2ed. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010. p. 136-137.

<sup>146</sup> *Ibidem*. p. 140-141.

<sup>147</sup> *Ibidem*. p. 141.

<sup>148</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 101.

<sup>149</sup> *Ibidem*. p. 104.

O utilitarismo, em geral, define o bem em relação à busca de prazer e ausência de dor, ou seja, em relação às preferências e aos interesses subjetivos dos indivíduos. Dessa forma, não são impostas restrições aos que gozam do bem, embora nem todos os indivíduos possam desse bem se beneficiar – o que já os exclui da condição de possuidores. O utilitarismo apresenta-se, então, como uma teoria eminentemente individualista. Paradoxalmente, ao mesmo tempo se assume como anti-individualista, ao se preocupar com o benefício do maior número possível de pessoas, independentemente de como se dá a distribuição dos bens<sup>150</sup>. Dessa maneira, o utilitarismo justifica a democracia pelo incremento promovido sobre o bem. Vale dizer, o processo democrático se justifica na medida em que a quantidade de prazer agregado é superior a quantidade de dor produzida<sup>151</sup>.

Entretanto, justificar a democracia a partir de consequências positivas (como a maior agregação de prazer do que de dor) é fundá-la sobre bases extremamente contingentes<sup>152</sup>. É imprescindível levar em consideração a intensidade das preferências em jogo, as quais, obviamente, são diferentes para cada indivíduo. Segundo Nino, o utilitarismo também realiza uma confusão entre preferências pessoais e impessoais – em especial, na aplicação da lógica de preferências impessoais à satisfação agregada. Essas preferências, cujo conteúdo podem incluir *standards* de moralidade objetiva, têm sua satisfação vinculada à exclusão das preferências que lhes sejam contrárias<sup>153</sup>. Ou seja, para o utilitarismo, reputam-se subjetivas todas as visões de moralidade social que deveriam ser maximizadas. Coincidentemente, a única preferência não subjetiva é a preferência pelo critério utilitarista, assim alçado à condição de instrumento de controle. Dessa forma, só há neutralidade em relação às preferências compatíveis com o princípio utilitário<sup>154</sup>.

Outra debilidade do utilitarismo é ignorar a separação e independência entre pessoas. Desse modo, ele viabiliza a compensação de benefícios e encargos entre os sujeitos, o que privilegia as relações individuais e em detrimento das relações coletivas. Essa maneira de atuar prioriza interesses supostamente mais importantes do que outros considerados menos importantes. Tal prioridade constitui e possibilita,

---

<sup>150</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 105.

<sup>151</sup> *Ibidem*. p. 106.

<sup>152</sup> *Ibidem*. p. 106.

<sup>153</sup> *Ibidem*. p. 108.

assim, uma verdadeira exploração da pessoa cujo interesse é sacrificado em benefício daquele que tem seu interesse protegido<sup>155</sup>.

Por fim, é preciso analisar o relacionamento entre o enfoque utilitarista e o constitucionalismo<sup>156</sup>. Segundo a visão utilitarista, a preservação das convenções constitucionais só pode ser admitida se o princípio de utilidade for aplicável somente às regras ou estruturas institucionais. Tal pressuposto impede que a justificação utilitarista da democracia reconheça o contrapeso exercido pelos direitos constitucionais, pois, dessa forma, não há qualquer espaço para que estes direitos ajam como limites à maximização da satisfação dos interesses individuais<sup>157</sup>.

A análise econômica da democracia, por sua vez, defende o funcionamento da política democrática segundo os mesmos moldes do mercado: há produtores, produtos e consumidores<sup>158</sup>.

Os consumidores são os eleitores, que negociam com os produtores – os políticos os produtos a serem elaborados e disponibilizados – as políticas públicas. Da interação entre representantes e representados resulta uma estrutura de ação coletiva orientada a um equilíbrio ótimo. Esse equilíbrio corresponde a um estado de coisas socialmente valioso, não importando o ânimo que impulsionou a ação dos participantes. A justificação da análise econômica da democracia está, portanto, na mão invisível da democracia<sup>159</sup>.

Assim como no utilitarismo, a análise econômica não consegue refletir apropriadamente as intensidades das preferências. Quando comparadas ao mercado, a competição eleitoral assume um caráter de “tudo ou nada” e suas negociações em muito diferem das travadas entre produtores e consumidores de bens comerciais<sup>160</sup>.

Também são problemáticas as duas formas de relação entre justiça e eficiência estabelecidas pela análise econômica da democracia<sup>161</sup>.

---

<sup>154</sup> *Ibidem*. p. 110.

<sup>155</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 109.

<sup>156</sup> *Ibidem*. p. 110.

<sup>157</sup> *Ibidem*. p. 110-111.

<sup>158</sup> *Ibidem*. p. 112.

<sup>159</sup> *Ibidem*. p. 113.

<sup>160</sup> *Ibidem*. p. 113.

<sup>161</sup> *Ibidem*. p. 114.

A primeira delas subsume a eficácia à justiça. Essa postura falha, à semelhança do que ocorre no utilitarismo, por não considerar a separação e independência entre as pessoas. O critério paretiano de eficiência leva em consideração a distribuição dos bens. Mas esta consideração, que seria sua única barreira às compensações interpessoais, é ilusória, pois o critério paretiano possui valores questionáveis sob o ponto de vista da justiça. Supondo que, em certo contexto, a maioria nada tenha, enquanto a minoria tudo tenha, poderia tal situação já estar em Ótimo de Pareto – a alteração das posições visando a maior equidade prejudicaria a condição dos poucos privilegiados. Isso mostra que podem ser inúmeras as situações em que seja necessário piorar a posição de certos indivíduos para tornar mais justa a situação de outros sujeitos mais prejudicados.

A segunda relação entre eficiência e justiça subsume a justiça à eficiência. A justiça é considerada então como preferência subjetiva e parâmetro para determinar o sacrifício das preferências individuais pela aplicação do princípio da eficiência. No entanto, Nino desqualifica categoricamente essa pretensão como grosseira distorção da ideia de justiça, pois, novamente, dessa maneira, deseja-se maximizar uma preferência impessoal baseada num juízo de verdade cuja satisfação requer a exclusão de todas as demais preferências que se oponham a esta última.

O que se percebe com isso é que a eficiência não é neutra, mas, ao contrário, implica uma distribuição de recursos que pode comprometer justamente as exigências por justiça. Ademais, a análise econômica da democracia passa ao largo das questões relacionadas aos juízos morais e princípios de justiça, deixando de lado, assim, o contrapeso exercido pelo constitucionalismo sobre o processo democrático<sup>162</sup>.

A concepção elitista de democracia, assim como o utilitarismo, concebe os interesses dos sujeitos como dados prévios ao processo político. Os sujeitos agem de maneira egoísta e compete ao sistema político maximizar (e não transformar) as ações autointeressadas desses indivíduos. A consequência dessa postura é a profissionalização política e a exclusão daqueles que dela não participam. Há, dessa forma, a concentração do poder político nas mãos de um pequeno grupo, e o afastamento da população em geral das discussões e decisões políticas mais

---

<sup>162</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. *Ibidem*. p. 115.

importantes. Assim, relega-se ao povo, no máximo, escolher aqueles que ascenderão aos cargos públicos<sup>163</sup>.

Dessa maneira, segundo a concepção elitista, para a estabilidade da democracia bastaria um bom líder, um alcance restrito das decisões majoritárias e uma burocracia bem qualificada e estável para ajudar<sup>164</sup>.

No entanto, como bem mostrou Hannah Arendt<sup>165</sup>, essa concepção de política democrática consagra a existência (e reprodução) de uma oligarquia e permite a dominação da maioria pela minoria<sup>166</sup>. A concepção elitista de democracia apresenta-se, assim, como uma teoria não igualitária, pois confere à população o papel de mero espectador. Os partidos políticos promovem as políticas de dominação e responsabilizam o governante caso haja um decréscimo em sua popularidade.

Além disso, é questionável como um grupo de indivíduos, cuja posição social é superior e distante do resto da população em geral, pode representar fielmente os interesses dos demais<sup>167</sup>.

Restringir o *campus* político a uma minoria é evitar enfrentamentos, discussões, debates etc. que possam colocar em risco os interesses restritos da minoria governante e manter o *status quo*.

A teoria elitista não concebe, assim, nada que ultrapasse uma concepção conservadora e relativista das práticas já existentes. Qualquer referência a uma moralidade calcada em um conjunto de direitos poderia representar, então, um perigo e uma limitação ao poder estabelecido<sup>168</sup>.

Diferentemente das teorias democráticas esboçadas, os fundamentos e práticas da democracia deliberativa proposta por Nino são dialógicos. Ou seja, enquanto algumas teorias da democracia estabelecem uma separação entre política e moral, a democracia deliberativa proposta por Carlos Santiago Nino as compreende como interconectadas de tal forma que a democracia atue na moralização das preferências de cada sujeito. Assim, o valor da democracia

---

<sup>163</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 116.

<sup>164</sup> *Ibidem*. p. 118.

<sup>165</sup> ARENDT, Hannah. *On Revolution*. New York: Viking, 1963. p. 276.

<sup>166</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 118.

<sup>167</sup> *Ibidem*. p. 118.

deliberativa reside em sua natureza epistêmica. Melhor explicando, no fato de se mostrar como o procedimento mais confiável para se alcançar o conhecimento de princípios morais<sup>169</sup>.

Nesse sentido, John Rawls e Jürgen Habermas também erigem teorias de como estabelecer essa relação entre política e moral a partir de uma visão peculiar da justiça e da democracia. Daí a importância de revisitar as concepções de democracia desses dois filósofos.

## 2.1 ALGUMAS LEITURAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: JOHN RAWLS E JÜRGENS HABERMAS

### 2.1.1 John Rawls: Um Olhar sobre sua Teoria da Justiça e sua Concepção de Democracia

A obra de John Rawls rompe com a polaridade Utilitarismo *versus* Intuicionismo, predominante até a década de 1970, renova o debate sobre a justiça e propõe, a partir de novos aportes, uma teoria política normativa<sup>170</sup>. No primeiro capítulo de sua obra, “Uma Teoria da Justiça”, Rawls alerta que pretende em sua teoria da justiça elevar a um nível mais alto de abstração a teoria tradicional do

---

<sup>168</sup> *Ibidem*. p. 119.

<sup>169</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 154. Sobre a incorporação de conteúdos morais no Direito, vide também as obras de Ronald Dworkin. Para esse autor, o Direito incorpora conteúdos morais sem, no entanto, que isso implique uma sua moralização. Vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson L. Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>170</sup> Segundo Álvaro de Vita, havia razões metodológicas e substantivas para a estagnação do debate filosófico que, à época, girava em torno apenas das correntes Utilitarista e Intuicionista. As razões metodológicas referem-se à atitude intelectual de ceticismo que não vislumbrava a possibilidade de submeter valores e julgamentos avaliativos a discussões racionais. Ademais, é de se ressaltar a quase hegemonia vigente à época, dominada pelo positivismo lógico no campo da filosofia analítica desde a década de 20. As razões substantivas referem-se ao clima político e ideológico peculiar das democracias liberais do pós-guerra. Vide: VITA, Álvaro. Apresentação da edição brasileira. *In*: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XI-XV. Vide também: KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995. p. 14-19.

contrato social, tal como concebida por pensadores como John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant<sup>171</sup>. Rawls adota a concepção contratualista como melhor método para a fundamentação de sua teoria, pois, para ele, “o teor do acordo não é formar determinada sociedade ou adotar determinada forma de governo, mas aceitar certos princípios morais”<sup>172</sup>. Dessa forma, o mérito da teoria contratualista é expressar, por meio de um pacto, a escolha de princípios de justiça que seriam decididos/definidos por pessoas racionais a fim de explicar e justificar sua concepção de justiça a ser aplicada a toda a sociedade.

Rawls se utiliza da teoria do contrato social a fim de elevá-la a um nível mais alto de abstração, concebendo, assim, os sujeitos em uma situação inicial definida por ele como “posição original”, na qual todos estariam sob o “véu da ignorância”. Nessa situação, todos os sujeitos são iguais e moralmente capazes de determinar, em pé de igualdade, princípios de justiça moralmente válidos. Rawls apresenta os dois princípios de justiça escolhidos pelos sujeitos na posição original da seguinte forma:

*Primeiro princípio*

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema de liberdade para todos.

*Segundo princípio*

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio da poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades<sup>173</sup>.

Esses princípios se aplicam, em primeiro lugar, à estrutura básica da sociedade, regendo a atribuição de direitos e deveres e regulando a distribuição de vantagens sociais e econômicas. O primeiro princípio estabelece as liberdades fundamentais (liberdades políticas, liberdade de expressão e reunião, liberdade de

<sup>171</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XLIV-13. Em relação ao contratualismo de Locke e Rousseau vide o Capítulo 1 deste trabalho.

<sup>172</sup> *Ibidem*. p. 19.

<sup>173</sup> *Ibidem*. p. 376. Infelizmente por conta do espaço e da finalidade a que se destina este trabalho não serão analisadas todas as discussões expostas por Rawls que fazem a transição da primeira à terceira formulação dos princípios de justiça. Porém, para uma breve compreensão da obra a apresentação que segue é suficiente para o entendimento dos princípios de justiça elaborados por Rawls.

consciência e pensamento, liberdades individuais e a integridade física, à propriedade pessoal e o direitos processuais, que poderiam ser concebidos como “devido processo”). Essas liberdades, Rawls faz questão de frisar, devem ser iguais para todos, o que implica uma estruturação de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, é importante frisar que não é possível o intercâmbio entre os direitos assegurados por um princípio e o outro; por exemplo, liberdades e direitos sociais, salvo, em algumas exceções (casos extremos e no caso em que vá ampliar ainda mais a liberdade de forma igualitária a todos). Esse intercâmbio não se dá, também, porque o primeiro princípio tem uma preferência sobre o segundo (é um princípio absoluto da ordem léxica entre o primeiro e o segundo princípios de justiça).

Esse segundo princípio de justiça deve ser interpretado democraticamente mediante a conjunção do “princípio da igualdade equitativa de oportunidade” e o “princípio da diferença”. O princípio da igualdade equitativa de oportunidade é importante para distribuir os benefícios, os cargos e as autoridades em uma sociedade. Já o princípio da diferença supera a ideia clássica de justiça distributiva, porquanto o que cada um obtém só é justo se os benefícios ou posições também forem acessíveis aos demais. Desse modo, o princípio da diferença estabelece um limite máximo e um limite mínimo, sendo que as pessoas que estiverem em condições melhores só poderão melhorá-las se tal melhora também aprimorar as condições de quem está em piores condições, ou for indiferente (nem melhora, nem piora as condições daqueles que estão em condições inferiores).

Tais princípios devem ser aplicados sobre as instituições básicas da sociedade a fim de determinar a distribuição, os benefícios e encargos sociais aos indivíduos de uma sociedade. Assim, a justiça deve, então, ser compreendida como equidade (*justice as fairness*).

A concepção de justiça que o autor cria, a justiça como equidade, tem por objetivo oferecer uma teoria convincente dos direitos e das liberdades fundamentais e de sua prioridade<sup>174</sup>. Seu segundo objetivo é integrar essa teoria à interpretação da igualdade democrática, que leva ao princípio da igualdade de oportunidades e ao

---

<sup>174</sup> A justiça como equidade de Rawls encara a estrutura básica da sociedade como o conjunto de instituições sociais que definem os direitos e os deveres das pessoas. Para Rawls, a justiça como



princípio da diferença<sup>175</sup>. Busca-se, com isso, criar uma teoria que não permita que nenhum sujeito fique abaixo de um padrão de vida razoável e que todos recebam certas proteções.

A justiça como equidade concebe a sociedade como “um empreendimento cooperativo, que visa ao benefício mútuo, está marcada por um conflito, bem como uma identidade, de interesses”. Desse modo, para Rawls, o conceito de justiça é então definido pelo papel que os princípios de justiça exercem na atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade. Busca, portanto, estabelecer uma forma de se bem distribuir os benefícios e encargos da cooperação social e reparar possíveis e inevitáveis desigualdades<sup>176</sup>.

Após diversas críticas ao seu trabalho, Rawls procurou reduzir suas pretensões universalistas e os traços metafísicos de sua teoria da justiça a fim de afirmá-la como uma teoria política e não metafísica<sup>177</sup>. Rawls também reconhece a existência de um pluralismo razoável. Ou seja, admite a existência de um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, muitas vezes incompatíveis entre si, mas mesmo assim, razoáveis. Vale dizer, Rawls acredita na possibilidade de construção de uma base de justificação pública razoável no tocante a questões políticas fundamentais. Para tanto, o liberalismo político deverá estabelecer a diferença entre a razão pública e as muitas razões não públicas<sup>178</sup>. A partir dessa ideia é que se poderão aplicar, então, os princípios de justiça dantes estabelecidos. É o que pretende este estudo, analisar a concepção de Rawls de deliberação pública como um processo de aplicação de seus princípios de justiça.

A razão pública, para Rawls, “é a característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status da cidadania igual”<sup>179</sup>.

---

equidade se aplica ao modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.

<sup>175</sup> RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XXVI.

<sup>176</sup> *Ibidem*. p. 05.

<sup>177</sup> RAWLS, J. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p.23-28; 53-57.

<sup>178</sup> *Ibidem*. p. 24-27. “O liberalismo político considera ponto pacífico não somente o pluralismo, mas o fato do pluralismo razoável; e, além disso, supõe que, entre as principais doutrinas abrangentes e razoáveis existentes, algumas sejam religiosas. A concepção de razoável (II:3) comporta essa possibilidade.” (p. 26). Rawls explica e desenvolve a sua ideia de “razoável” às páginas 102/106. “Sermos razoáveis é, como já disse, nosso reconhecimento e disposição de aceitar as consequências dos limites dos juízos” (p. 102).

<sup>179</sup> *Ibidem*. p. 261.

Rawls faz questão de diferenciar a razão pública das razões não públicas, entendidas como aquelas advindas de igrejas, universidades, associações etc. A razão pública, portanto, para Rawls, “surge de uma concepção de cidadania democrática numa democracia constitucional”<sup>180</sup>. Essa noção de razão pública é a expressão da relação entre cidadania democrática e exercício do poder político<sup>181</sup>. A razão pública é, dessa forma, “a razão dos cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a sua constituição”<sup>182</sup>. A forma e o conteúdo da razão pública fazem parte da mesma ideia de democracia<sup>183</sup>. Assim, as normas morais e os valores políticos da razão pública devem assegurar as condições para uma cidadania democrática comprometida com o ideal de cooperação social e fundada no respeito mútuo. Partindo dessa ideia, Rawls busca estabelecer que, dessa maneira, as questões políticas fundamentais sejam decididas não por razões que expressem uma verdade última (razões não públicas), mas por razões que possam ser compartilhadas por todos os cidadãos como livres e iguais. A razão pública assume, então, um caráter muito mais normativo do que epistêmico. É dessa forma que Rawls estabelece a sua base do conceito de democracia deliberativa, sendo que o cerne normativo dessa concepção reside na própria ideia de deliberação<sup>184</sup>.

Quando os cidadãos então discutem, deliberam, trocam pontos de vista e se enfrentam, debatem e defendem as razões apresentadas para fundamentar determinada posição ou juízo, a razão pública é essencial, pois ela deverá caracterizar os argumentos dos cidadãos no que tange aos elementos essenciais da constituição e às questões de justiça básica<sup>185</sup>. Para Rawls, importa que a deliberação pública torne-se possível, seja reconhecida como uma característica básica da democracia e liberte-se do curso do mercado, pois caso contrário a política seguirá dominada por interesses corporativos, particulares etc.<sup>186</sup> Ainda na

---

<sup>180</sup> RAWLS, J. A Ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. p. 150.

<sup>181</sup> WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008. p. 69.

<sup>182</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p.263.

<sup>183</sup> *Ibidem*. p. 145.

<sup>184</sup> WERLE, Denilson Luis. *Ibidem*. p. 71.

<sup>185</sup> RAWLS, John. 2007. A Ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. p. 152.

<sup>186</sup> *Ibidem*. p. 153.

concepção de Rawls, a razão pública tem, justamente, a função de permitir que os princípios de justiça possam ser justificados perante todos e, assim, aplicados corretamente<sup>187</sup>. Estabelece-se, desta forma, uma relação necessária entre justiça e democracia (deliberativa). O objetivo da razão pública de Rawls é estruturar o processo democrático e estabelecer princípios substantivos que expressem se o resultado do processo é justo.

Ao contrário de um modelo fortemente procedimental (como o de Habermas), o modelo substantivo de Rawls requer proteção para liberdades não políticas, como, por exemplo, a igualdade de oportunidades e distribuição justa de recursos sociais. Partindo dessa ideia, a função da deliberação é somente resolver de que modo a aplicação de princípios pode ser mais bem realizada<sup>188</sup>. Esse atrelamento da deliberação a princípios de justiça previamente justificados é o aspecto distintivo do modelo de democracia deliberativa substantiva<sup>189</sup>.

A teoria da justiça de Rawls, como teoria político-normativa, procura reconciliar liberdade e igualdade (a liberdade dos modernos, de Locke, e a igualdade dos antigos, de Rousseau). Essa tarefa se dá por meio da aplicação dos princípios de justiça que devem ser fundamentados segundo um procedimento de construção<sup>190</sup>. Na justiça como equidade, a fundamentação dos princípios de justiça ressalta tanto o universalismo dos princípios de justiça quanto a sua sensibilidade ao contexto. E é a razão pública quem tem a função de “articular e fazer a mediação entre as pretensões normativas da concepção política da justiça e os contextos sociais, as práticas e instituições da democracia real”<sup>191</sup>. Rawls elabora, assim, um procedimento de justificação para mostrar que os seus princípios de justiça transcendem o momento de seu surgimento e podem servir como padrões para reformas políticas na estrutura básica da sociedade<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 273.

<sup>188</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119.

<sup>189</sup> *Ibidem*. p. 120. Vide também: COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. p. 115-118.

<sup>190</sup> WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008. p. 82-83.

<sup>191</sup> *Ibidem*. p. 81.

<sup>192</sup> *Ibidem*. p. 83.

É por meio da centralidade que o conceito de razão pública assume, na aplicação dos princípios de justiça que Rawls estabelece, uma aproximação entre a sua teoria da justiça e uma concepção (substantiva) de democracia deliberativa. Em sentido contrário, mais fortemente procedimental, Habermas estrutura outra forma de se fundamentar a prática democrática.

### 2.1.2 Jürgen Habermas: Um Olhar sobre o seu Modelo Procedimental de Democracia

Diferentemente de John Rawls, Jürgen Habermas não limita a sua análise da democracia à esfera da filosofia política. Habermas dissente de Rawls na forma e no conteúdo da concepção de democracia e ainda amplia a sua análise para esferas como a teoria social e a filosofia da linguagem, criando, assim, uma ética do discurso. O próprio Habermas assente que a teoria da Justiça de Rawls foi um marco na história da filosofia prática. Para Habermas, a obra de Rawls retomou questões morais essenciais que estavam relegadas há muito tempo<sup>193</sup>.

Habermas se preocupa em erigir, em sua ética do discurso, um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo<sup>194</sup>. Para tanto, apresenta a esfera pública como o espaço privilegiado em que as normas emergentes do mundo da

---

<sup>193</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 65-66. “Kant formulara a questão fundamental da moral de tal forma que ela podia encontrar uma resposta racional: em casos de conflito, devemos fazer aquilo que é igualmente bom para todas as pessoas. Sem recorrer aos pressupostos fundamentais da filosofia transcendental de Kant, Rawls renovou esse princípio, com vistas à justa convivência entre cidadãos de uma comunidade política. Assumindo uma posição de vanguarda contra o utilitarismo, por um lado, e o ceticismo, por outro, diante dos valores, ele propôs uma leitura intersubjetivista do conceito kantiano de autonomia: agimos de forma autônoma quando obedecemos estritamente às leis que todos os envolvidos poderiam aceitar com boas razões, com base em um uso público de sua razão. Como admito esse projeto, compartilho sua intenção e considero corretos seus resultados essenciais, o dissentimento de que quero falar acaba ficando dentro dos estreitos limites de uma briga de família. Minhas dúvidas limitam-se a saber se Rawls faz valer suas importantes instituições normativas, pertinentes na minha opinião, de um modo sempre convincente”.

<sup>194</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 154-210. Vide também: NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.

vida são racionalizadas pela comunicação para então poderem, por meio do processo decisório, ter espaço no âmbito estatal<sup>195</sup>. Enquanto Rawls estabelece um modelo substantivo de democracia deliberativa (na qual os princípios a serem aplicados já estão previamente justificados), Habermas, ao contrário, elabora um modelo fortemente procedimental de democracia deliberativa. O modelo de Habermas é procedimental porque deixa em aberto os possíveis resultados da deliberação. Vale dizer, os princípios a serem aplicados devem encontrar a sua justificação no curso do próprio processo deliberativo. Daí a ideia de que as maiorias estão impedidas de tomar decisões que obstaculizem a realização das condições procedimentais da própria democracia<sup>196</sup>.

Essa concepção procedimental da democracia e da política deliberativa de Habermas tenta superar a proposta de Rawls e levar a sério a exigência comunitarista de uma universalidade sensível e atenta às peculiaridades do contexto em que estão inseridos os cidadãos<sup>197</sup>. Para Habermas, toda ordem jurídica também é expressão de uma forma de vida particular e não apenas o reflexo do teor universal dos direitos fundamentais<sup>198</sup>. A proposta de Habermas se funda na força justificadora do procedimento e não, no conteúdo da razão pública (como propõe Rawls)<sup>199</sup>.

Para que esse modelo de democracia deliberativa se concretize, os sujeitos devem se reconhecer mutuamente como livres e iguais e interagir entre si sem a pretensão objetivadora de garantir o próprio sucesso. Somente por meio desse “agir comunicativo” os participantes podem “adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação”<sup>200</sup>. O objetivo da ética discursiva habermasiana é, assim,

<sup>195</sup> HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 92-122.

<sup>196</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127-128.

<sup>197</sup> WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008. p. 102.

<sup>198</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 104.

<sup>199</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 149.

<sup>200</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 36.

estabelecer um acordo racionalmente motivado quando houver um conflito normativo<sup>201</sup>. Para tanto, Habermas recorre a um modelo de amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e prevalece a força do melhor argumento.

Esse modelo de Habermas estabelece uma “situação ideal de fala” e “impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: a não limitação, ou seja, ausência de impedimentos à participação; a não violência, inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo”<sup>202</sup>. Dessa forma, na medida em que os participantes aceitam entrar em uma práxis de entendimento cooperativo, eles também aceitam tacitamente a condição de consideração simétrica ou uniforme dos interesses de todos. Tal práxis “somente pode ser bem-sucedida se todos e cada um estiverem dispostos a convencer os outros e a se deixarem convencer por outros, todo participante sério precisa examinar o que é racional para ele naquelas condições de consideração simétrica e uniforme dos interesses”<sup>203</sup>.

Diante disso, é certo que em países periféricos como o Brasil, onde grande parte da população está à margem do processo decisório, os desafios são maiores. No entanto, conforme aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a crítica de que a situação ideal de fala de Habermas é idealista e impossível de se verificar em países como o Brasil é equivocada<sup>204</sup>. Isto porque o discurso não é algo ideal e a situação ideal de fala faz parte da condição humana. Ou seja, o discurso, em si, tem uma pretensão universal em torno da condição humana do homem, pois “a comunicação entre os homens se estrutura pela ‘situação ideal de fala’ que, certamente, terá seus elementos melhor ou pior percebidos pela competência lingüística dos participantes”. O que Álvaro Ricardo de Souza Cruz busca mostrar é que, de fato, não se podem ignorar as questões socioeconômicas que afetam os participantes, pois elas são

---

<sup>201</sup> CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 110.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>203</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 38.

<sup>204</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 115.

fundamentais para uma melhor ou pior compreensão de qualquer discurso<sup>205</sup>. Nesse sentido, o próprio Habermas chama atenção ao explicitar que a sua teoria do discurso não busca erigir um conjunto de cidadãos voltados à ação, mas à garantia de procedimentos que possibilitam essa ação<sup>206</sup>. Por isso, para Habermas, “a substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”<sup>207</sup>. Daí a proposição de Habermas de conciliar a soberania popular e o Estado de Direito (garantidor e promotor de direitos).

Para Habermas, a ideia dos direitos humanos e a da soberania popular determinam, até hoje, a compreensão normativa dos Estados Democráticos de Direito<sup>208</sup>. A democracia depende, assim, de um contexto de liberdade e igualdade promovido pelo Estado de Direito. O Estado de Direito assume, dessa maneira, papel primordial no modelo de democracia de Habermas. Será justamente contra a existência de desequilíbrios entre os participantes do debate público (o que tornaria impossível a formação discursiva da vontade coletiva) que o Estado de Direito irá atuar, promovendo a institucionalização do processo inclusivo de formação pública da opinião e da vontade<sup>209</sup>. Para Habermas, a relação interna entre soberania popular e direitos humanos somente se estabelece “se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente”<sup>210</sup>. Habermas, então, reconstrói o sistema de direitos fundamentais à luz da sua concepção de democracia deliberativa a fim de que:

[...] esse sistema contenha justamente os direitos que os cidadãos são

<sup>205</sup> *Ibidem*. p. 116.

<sup>206</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 288. “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhes digam respeito”.

<sup>207</sup> *Idem*. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 139.

<sup>208</sup> *Ibidem*. p. 128.

<sup>209</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 129.

<sup>210</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 138.

obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo (...):

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro* numa associação voluntária de parceiros de direito.

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)<sup>211</sup>.

Essa proposta de reconstrução do sistema de direitos fundamentais de Habermas busca, então, garantir as condições procedimentais do discurso para que os cidadãos possam participar dos processos de discussão e deliberação.

Habermas estrutura ainda outro elemento essencial à sua concepção de democracia deliberativa – a esfera pública. Para ele, a deliberação ocorre nos espaços oficiais (estatais/institucionais), mas também em espaços e redes informais de comunicação (esfera pública não estatal)<sup>212</sup>. Habermas define a esfera pública como um fenômeno social elementar que não pode ser entendida como uma instituição ou uma organização. Ao contrário, ela se constitui em uma rede de comunicação de conteúdos, em que os fluxos de comunicação se tornam opiniões públicas. A esfera pública é “uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções e nem com os conteúdos da comunicação cotidiana”<sup>213</sup>. A esfera pública é, assim, constituída de foros, arenas e palcos que dão consistência à formação discursiva de opiniões. Ela se conforma a partir do fluxo comunicacional das universidades, associações, sindicatos, partidos políticos, organizações não

<sup>211</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 158-160.

<sup>212</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147-148.

<sup>213</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. p. 92.



governamentais, imprensa etc.<sup>214</sup>

Habermas erige, assim, uma teoria crítica da sociedade a partir de uma pragmática linguística. Dessa forma, constrói uma teoria particular da moral, do direito e da própria democracia<sup>215</sup>. Vale dizer, “assim estruturado, o modelo de Habermas revela que a legitimidade das decisões estatais depende de dois fatores coordenados: a institucionalização jurídica dos procedimentos de legiferação e a abertura do sistema estatal aos influxos comunicativos que advém do espaço público”<sup>216</sup>. Vê-se, com isso, uma íntima relação entre o Direito e a esfera pública, pois o Direito somente se legitima no debate produzido na esfera pública.

## 2.2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA PARA ALÉM DE JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS

O que se pode perceber com as propostas de Rawls e Habermas é que para fundamentar uma concepção de democracia (e de democracia deliberativa, sobretudo) é necessário se fazer referência a questões de epistemologia moral e do conhecimento de princípios de moralidade social. Carlos Santiago Nino, então, analisa exatamente como esses autores relacionam direito, moral e política e qual o reflexo dessa relação para a teoria democrática.

Nino mostra que há uma grande controvérsia sobre a postura metafísica de Rawls, sob a qual se erigem os seus dois princípios de justiça. Essa controvérsia se deve ao fato de Rawls apelar a quase todos os argumentos (exceto o teológico) que têm sido utilizados ao longo da história da filosofia para fundar uma justificação intersubjetiva dos juízos morais: o consentimento, o autointeresse, a intuição e a estrutura do raciocínio moral. Rawls ainda apela aos pressupostos formais do discurso moral para fundar seus princípios de justiça, tais como a universalidade, generalidade, publicidade e finalidade e também descreve a deliberação sobre os

<sup>214</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119-120.

<sup>215</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121.

<sup>216</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155.

princípios de justiça como um caso de pura justiça procedimental. É quando Rawls se refere à justificação da democracia, entendida como regra da maioria, que ele exhibe mais claramente seu individualismo epistêmico<sup>217</sup>, pois defende a democracia constitucional reafirmando a importância do princípio da igualdade e da liberdade, dando maior ênfase, sobretudo, a este último<sup>218</sup>.

Rawls reconhece que a discussão entre uma pluralidade de pessoas tem bons efeitos, já que, desse modo, incrementa-se a imparcialidade do debate. Da mesma forma, as perspectivas se enriquecem e diminuem as possibilidades de erro nas decisões. No entanto, alerta Rawls que deve existir um aspecto da moralidade no qual a discussão e a decisão majoritárias tenham alguma importância para o acesso a soluções corretas<sup>219</sup>. John Rawls enfatiza a razão pública para a justificação das decisões políticas por ter um papel determinante no processo democrático-deliberativo. Assim, busca-se definir quais argumentos podem realizar tal justificação de forma legítima. A partir daí, a razão pública não se basta à argumentação, mas também envolve princípios substantivos de justiça.

Para Rawls, o modelo de democracia deliberativa tem como objetivo determinar a melhor forma de aplicação desses princípios substantivos de Justiça<sup>220</sup>. Ou seja, se ele acredita em uma pluralidade de sujeitos, valores, de distintas concepções sobre a vida, é o procedimento deliberativo que determinará a legitimidade da democracia moderna. Com isso, vê-se que Rawls dá preponderância aos resultados do procedimento democrático-deliberativo, na premissa de estabelecer um consenso racional quanto aos seus meios e fins<sup>221</sup>. Daí de se classificar John Rawls como defensor de uma democracia deliberativa substantiva<sup>222</sup>.

Nino então observa que, ao contrário de Rawls, para Jürgen Habermas o

---

<sup>217</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 155.

<sup>218</sup> KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 41 Curitiba. 2004. p. 46.

<sup>219</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 157.

<sup>220</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 98-100.

<sup>221</sup> KOZICKI, Katya. *Ibidem*. p. 47.

<sup>222</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ibidem*. p. 97.

discurso prático é constituído por interações comunicativas<sup>223</sup>. É por meio dessas interações que os sujeitos argumentam a favor ou contra os diferentes reclamos de validade dos juízos morais, tentando obter um consenso sobre eles<sup>224</sup>. Habermas busca erigir um contexto ideal de comunicação capaz de incluir em igualdade e liberdade todos os participantes do processo de comunicação<sup>225</sup>. Dessa forma, ele valoriza, mediante o núcleo normativo da ética do discurso, a esfera pública como espaço legítimo de discussão. Habermas, assim como Rawls, parte do pressuposto da diferença entre os sujeitos, da existência de uma pluralidade ética, valorativa e conceitual quanto à vida. E, para ele, é o modelo procedimental de ação comunicativa, de processo deliberativo, o meio mais adequado para se buscar o consenso<sup>226</sup>.

Habermas parte do pressuposto de que o traço fundamental da Modernidade é a configuração do homem como indivíduo capaz de autorreflexão crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo. Assim, Habermas propõe que a formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado. Em um mundo desencantado, apenas os discursos morais podem solucionar os conflitos. Assim, a teoria habermasiana está limitada a um processo de reconstrução do procedimento de formação racional da vontade<sup>227</sup>. A formação discursiva da vontade permite a interação comunicativa em que vence o melhor argumento.

Habermas adota uma concepção eminentemente procedimental, dando

<sup>223</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 158-160.

<sup>224</sup> *Ibidem*. p. 158. "Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de diferentes reclamos de validez con la finalidad de obtener un cierto consenso acerca de ellos."

<sup>225</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127-147.

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – entre facticidade e validade. v.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1997. p. 202. "Em primeiro lugar, as deliberações servem para a ponderação e o discernimento de fins coletivos, bem como para a construção e a escolha de estratégias de ação apropriadas à obtenção desses fins; em segundo lugar, o horizonte de orientações axiológicas, no qual se colocam essas tarefas de escolha e de realização de fins, pode ser introduzido no processo da formação racional da vontade pelo caminho de um auto-entendimento que se apropria de tradições."

<sup>227</sup> CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 110.

ênfase ao respeito e à obediência dos meios sem restrição aos resultados obtidos<sup>228</sup>. É no espaço público que as diferentes concepções e expectativas normativas do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação<sup>229</sup>. Habermas sustenta que a tarefa da argumentação moral requer um esforço cooperativo, amplo e público. Assim, a imparcialidade não se reduz a um mero equilíbrio de poderes, mas ao fato de que o discurso prático dos sujeitos objetiva um interesse comum e busca um ponto de equilíbrio<sup>230</sup>. Com isso, vê-se que a validade dos juízos morais não deriva dos resultados do discurso, como propõe Rawls, mas sim dos pressupostos compreendidos no procedimento deliberativo, na interação comunicativa. Segundo o modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas, a deliberação deve estar atenta aos resultados, mas a justificação de princípios deve ser realizada no curso do próprio procedimento, do processo deliberativo<sup>231</sup>. Em outros termos, o princípio da ética discursiva somente pode admitir que as normas tenham validade se alcançarem, ou se puderem alcançar, a aprovação das pessoas afetadas em sua condição de participantes do discurso concreto<sup>232</sup>. Dessa forma, o Estado de Direito pode ser abrangido por aquilo que Habermas chama de consenso procedimental, no qual, se respeitado tal consenso, a deliberação pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas, mantendo-se aberta quanto aos resultados.

Conclui Nino que Habermas coincide com Rawls na existência de pressupostos formais decisivos para que os princípios morais em debate sejam válidos e legítimos, como, por exemplo, o pressuposto da imparcialidade<sup>233</sup>. No entanto, enquanto para Rawls esses pressupostos formais podem ser refletidos a partir de um raciocínio individual, para Habermas são regras de uma prática social do discurso, pois somente a discussão coletiva é o meio confiável para a busca cooperativa da verdade<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 41. Curitiba. 2004. p. 47.

<sup>229</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.

<sup>230</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 158.

<sup>231</sup> SOUZA. NETO, Cláudio Pereira de. *Ibidem*. p. 128.

<sup>232</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ibidem*. p. 159.

<sup>233</sup> *Ibidem*. p. 159-160.

<sup>234</sup> *Ibidem*. p. 160. “En suma, Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de imparcialidad, que son decisivos para otorgar validez a los principios morales. Sin embargo,

Posto isso, vê-se que Rawls sustenta que a verdade moral é estabelecida pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer sujeito, em especial, o pressuposto de que um princípio moral é aceitável por qualquer pessoa que esteja em condições ideais de imparcialidade, racionalidade e tenha conhecimento dos fatos relevantes. Rawls supõe, como Kant, que a estrutura da teoria moral é algo que cada um tem em si mesmo. Como aponta Nino, ainda que Rawls não estabeleça a distinção entre a prática do discurso e outras práticas de uma cultura democrática, ele parece mais atraído a dar às práticas sociais uma prioridade maior na dedução de princípios morais. Dessa forma, Rawls recai no que Nino chama de posição convencionalista.

Já Habermas, identifica a constituição da verdade moral mediante o consenso resultante da prática de uma discussão moral coletiva, devidamente imparcial, em que são respeitados os pressupostos formais de uma prática discursiva dirigida à cooperação<sup>235</sup>.

A matriz liberal de Nino, fundada na proteção da autonomia, na inviolabilidade e na dignidade do sujeito, é clara e declarada<sup>236</sup>. Ele parte desses pressupostos liberais para, então, conceber os direitos fundamentais como contrapeso ao processo democrático, principalmente quando esse processo suprime ou restringe tais direitos básicos. Nesse sentido, ele se aproxima claramente de Rawls e se afasta de Habermas. No entanto, Nino também concebe os direitos fundamentais como fundamento e pressuposto do próprio processo democrático, pois sem eles um processo de discussão e decisão careceria de valor epistêmico<sup>237</sup>.

---

*mientras para Rawls estos son presupuestos formales de un razonamiento moral monológico, para Habermas son reglas de una práctica social del discurso intersubjetivo. Para Rawls, la validez de los principios morales está dada por la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. Habermas, por otro lado requiere un consenso de facto para ser constituido a través del empleo de la regla de imparcialidad. Finalmente, mientras Rawls parece pensar que uno puede alcanzar la conclusión de que un principio moral es válido sólo por medio de la reflexión individual – aunque la discusión puede desempeñar un papel auxiliar-, Habermas claramente sostiene que esto es imposible. Para Habermas, solo la discusión colectiva, ‘en la búsqueda cooperativa de la verdad’, es una forma confiable de acceder al conocimiento moral.”*

<sup>235</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 161-162.

<sup>236</sup> *Idem*. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 199-298. Vide também: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 197.

<sup>237</sup> *Idem*. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p.208-209. Vide também: NINO, C. S. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 192.

Tal postura o afasta de Rawls e o coloca em clara afinidade com a teoria habermasiana.

Para diferenciar as propostas e fundamentações dadas por Rawls e Habermas e, logo em seguida, apresentar sua ideia, Nino estabelece e distingue três teses ontológicas sobre a constituição da verdade moral e três teses epistemológicas sobre o conhecimento dessa verdade moral. Assim, Nino busca mostrar como, das teorias de Rawls e Habermas, se podem extrair tais teses que explicam suas propostas e como se podem extrair outras teses (uma ontológica e outra epistemológica) que expliquem a sua proposta.

A primeira tese ontológica é atribuída a Rawls e estabelece que a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo que se encontre sob as condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento de direitos relevantes<sup>238</sup>. Já da teoria de Habermas se pode extrair outra tese ontológica, a qual estabelece que a verdade moral se constitui pelo consenso resultante da prática real de discussão moral. A partir dessas teses, Nino, então, erige a sua, a qual estabelece que a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida à cooperação e à prevenção de conflitos.

As teses epistemológicas refinam ainda mais o raciocínio, já que é por meio delas que se poderia, então, conhecer essa verdade moral constituída a partir da teoria de cada autor. A primeira tese epistemológica é atribuída a Rawls e estabelece que o conhecimento da verdade moral se alcança apenas por meio da reflexão individual. A tese epistemológica extraída da teoria de Habermas estabelece que, ao contrário, a verdade moral é conhecida apenas por meio da discussão e decisão coletivas, pois a reflexão individual é sempre distorcida e carrega, em si, os interesses e preconceitos do sujeito. A tese epistemológica de Nino, por sua vez, estabelece que o conhecimento da verdade moral é alcançado de forma mais confiável por meio da discussão e decisão coletivas, pois o intercâmbio de ideias e a necessidade de se exporem razões ante os demais não apenas incrementa o processo no conhecimento de outros interesses e na identificação de possíveis erros, como também aumenta a probabilidade de que a decisão seja

---

<sup>238</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 160-161.

imparcial. Todavia, tal processo não exclui completamente a possibilidade de se conhecer a verdade moral por meio de um processo individual de reflexão, ainda que, de fato, esse seja mais difícil, devido à dificuldade que o sujeito possui em se manter imparcial<sup>239</sup>.

Dessa forma, Nino apresenta uma tese ontológica e uma tese epistemológica que não nega nenhuma das proposições anteriores de Rawls e Habermas, mas, ao contrário, se vale de ambas para ressaltar os aspectos positivos de cada uma delas e tentar ir além. Nino preenche a lacuna deixada por Rawls ao acreditar no debate coletivo, na prática discursiva proposta por Habermas<sup>240</sup>. Ao mesmo tempo, não nega que a razão individual de um sujeito também possa, ainda que carente de um debate coletivo, propor soluções adequadas<sup>241</sup>. Com isso, Nino busca superar a proposta individualista de Rawls, que conduz a um elitismo moral exacerbado e, também, a proposta de Habermas, a qual pode conduzir a um populismo moral<sup>242</sup>.

Nino toma parte das teorizações de Rawls e Habermas, mas, diferentemente deles, concebe que o conhecimento da verdade moral se dá a partir de um procedimento que privilegie uma discussão e decisão intersubjetivas. Dessa forma, o intercâmbio de ideias e a necessidade de se justificar determinada posição aos outros debatedores/participantes incrementam o conhecimento que o indivíduo possui, detectam defeitos no raciocínio e protegem a imparcialidade. No entanto, essa prática não exclui a possibilidade de a reflexão individual também produzir soluções corretas, ainda que este método seja o menos confiável, dada a dificuldade de manutenção da imparcialidade<sup>243</sup>.

---

<sup>239</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p.161.

<sup>240</sup> *Ibidem*. p. 165.

<sup>241</sup> *Ibidem*. p. 162.

<sup>242</sup> *Ibidem*. p. 165. Vale observar que essa diferenciação que Nino faz de sua teoria com a teoria de Habermas ao atribuir-lhe as teses ontológica e epistemológica é passível de refutação. Isso porque é possível que, ao contrário do que afirma Nino, Habermas talvez não aceitasse integralmente as teses que Nino lhe atribui e, ao contrário, possivelmente até se aproximasse mais das teses que Nino elabora e estabelece para a sua própria teoria. Para uma reflexão crítica e aprofundada sobre as semelhanças e diferenças entre as teorias de Nino e Habermas vide: OQUENDO, Angel. Democracia deliberativa en Nino y Habermas. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Orgs.). *Homenaje a Carlos Santiago Nino*. Buenos Aires: La Ley/Facultad de Derecho-UBA, 2008.

<sup>243</sup> NINO, Carlos Santiago *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 203-205. Vide também: NINO, C. S. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 162.

## 2.3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO GUIA PARA A TOMADA DE DECISÕES LEGÍTIMAS

A posição intermediária entre Rawls e Habermas adotada por Nino é por ele intitulada de construtivismo epistemológico<sup>244</sup>. Nino fundamenta o valor epistêmico da democracia na busca da solução mais adequada mediante práticas discursivas coletivas e(ou) individuais, e põe em evidência a imparcialidade como requisito essencial para a busca dessa solução. Nesse sentido, a princípio a unanimidade parece ser o equivalente funcional da imparcialidade. Se aqueles que podem ser afetados por uma decisão tiverem participado da discussão em condições de igualdade, a decisão tomada será, provavelmente, imparcial e moralmente correta, sempre que todos a aceitarem livremente e sem coerção<sup>245</sup>.

No entanto, preocupado com a realidade complexa e a práxis social cotidiana e, diferentemente de Jürgen Habermas e John Rawls, Nino não pretende alcançar o consenso como resultado mais adequado ou da solução mais justa, nem mesmo quando presentes as condições ideais para o debate. Nino acredita na democracia deliberativa como o método mais confiável para transformar os interesses das pessoas, suas preferências e, assim, chegar ao resultado mais correto<sup>246</sup>. Daí a sua proposição de conferir legitimidade à decisão majoritária<sup>247</sup>. O argumento que confere legitimidade e validade à decisão da maioria não pode ser o de que ela, maioria, está mais perto da unanimidade, visto que a equivalência funcional entre unanimidade e imparcialidade não se reduz a uma questão meramente quantitativa. A passagem da unanimidade para a regra da maioria deve ser baseada na ideia de que a imparcialidade será mais bem preservada por meio da discussão/dissenso do que qualquer outro meio ou resultado advindo do

---

<sup>244</sup> NINO, Carlos Santiago *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 203. Nesse mesmo sentido: NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 166.

<sup>245</sup> *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999. p.166.

<sup>246</sup> *Ibidem*. p. 202. “A diferencia de Habermas, no concibo al consenso, ni siquiera cuando es alcanzado bajo condiciones ideales, como constitutivo de soluciones justas. Tampoco creo que la empresa colectiva de la discusión sea la única forma de conocer esas decisiones justas. Mi posición solo intenta sostener que la democracia deliberativa es el método más confiable para lograrlo.”

<sup>247</sup> *Ibidem*. p. 207.



consenso unânime. Ou seja, um processo de discussão moral com certo limite de tempo, dentro do qual uma decisão majoritária deve ser tomada, tem maior poder epistêmico para alcançar decisões moralmente corretas do que qualquer outro procedimento de decisões coletivas<sup>248</sup>. Mas, para não recair no mesmo equívoco da teoria de Habermas, a decisão majoritária deve sempre ser vista com cautela, pois a discordância de uma minoria é o que pode, por vezes, até mesmo conferir o grau de imparcialidade necessário para que a decisão tomada seja tida como a mais correta e, também, o fundamento para questioná-la ou desobedecê-la.

O valor epistêmico da democracia deliberativa, baseado na discussão e decisão públicas, não se aplica a qualquer decisão, em particular, e tampouco tem o condão de afirmar que todas as decisões majoritárias são as corretas. Ela não é uma confirmação do ditado popular “a voz do povo é a voz de Deus”<sup>249</sup>. Por óbvio que decisões democráticas majoritárias podem ser equivocadas e quase sempre excluem, por consequência, interesses minoritários. No entanto, é o valor epistêmico da democracia que deve fundar a aceitação da decisão democrática, inclusive nos casos em que a reflexão individual do sujeito aponte a decisão majoritária como equivocada. Pois, se não fosse assim, um sujeito somente aceitaria o resultado do processo democrático quando tal resultado coincidissem com a sua reflexão individual. E tal postura contraria completamente a conclusão de que o processo democrático-deliberativo é geralmente mais confiável epistemicamente do que o processo de reflexão individual de um sujeito. Vale dizer, deve-se obedecer ao resultado do processo democrático, mesmo quando ele afronte a reflexão individual de um sujeito, sempre que se houver observado as condições sobre as quais se baseou esse processo<sup>250</sup>. Isso não significa que um indivíduo não possa se posicionar contra a maioria. Ao contrário, o direito de se criticar a decisão tomada deve sempre ser resguardado e, em certos casos, pode-se até mesmo admitir a abstenção do sujeito em atuar conforme a decisão tomada (objeção de consciência<sup>251</sup>).

---

<sup>248</sup> NINO, Carlos Santiago *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 168.

<sup>249</sup> *Ibidem*. p.181. Vide também: GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad – el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 267.

<sup>250</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 207. Vide também: *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 182.

<sup>251</sup> Sobre a objeção de consciência vide: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 458-462. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*.

Se, por um lado, Nino não descarta a reflexão individual e a busca da verdade moral da melhor decisão, de forma particular, por outro, deve-se, sempre, conferir maior grau de legitimidade à decisão coletiva, deliberada e assistida por todos. Isto porque ele não pretende que a teoria da democracia deliberativa tenha aplicação em toda a dimensão moral. Ao contrário. Segundo Nino, o valor epistêmico da democracia deliberativa encontra limites no princípio da autonomia do sujeito. Isso quer dizer que não se devem admitir, ainda que por meio de um debate público, interferências sobre a vida e a escolha privada do cidadão. Há questões que dizem respeito à intimidade do sujeito como, por exemplo, a sua escolha religiosa, sua opção sexual, dieta alimentar etc., que não devem estar sujeitas ao debate e à decisão públicos.

Para a concretização de sua teoria, Nino parte e depende do pressuposto de que a falta de imparcialidade não se deve às inclinações egoístas dos atores sociais e políticos, mas sim à ignorância destes sobre os interesses dos demais<sup>252</sup>. É com base nesse pressuposto que Nino reafirma sua crítica a governos ditatoriais ou aristocráticos (elitistas), já que um ditador ou uma minoria detentora do poder deixam de conhecer os interesses dos setores mais afastados da sociedade.

Se o pressuposto adotado por Nino parece ingênuo ao conceber que os sujeitos envolvidos no debate (sejam eles governantes ou governados) não estão, naquele momento, imbuídos de interesses egoístas, o fundamento para legitimá-lo parece a melhor resposta à pretensa singeleza. Definir os interesses da população não é uma questão de simples conhecimento, mas também de escolha. Assim, se um indivíduo não tem nenhuma oportunidade de tomar uma decisão que o permita/ajude a dar uma ordem de preferência aos seus interesses, poderia ver-se impossibilitado de definir essa ordem. Ou seja, o pressuposto de imparcialidade será satisfeito se os sujeitos envolvidos no processo deliberativo tiverem conhecimento sobre os dados fáticos e relevantes da questão em debate<sup>253</sup>. Desta forma, evita-se a discricionariedade ou imposição das vontades/decisões dos governantes e abre-se

---

Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 315-341. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. 2ed. Buenos Aires: Ástrea, 2007. p. 400-411.

<sup>252</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 182-183.

<sup>253</sup> *Ibidem*. p. 169.

espaço para que se possa eleger coletivamente a melhor decisão, sobretudo por aqueles que serão diretamente afetados por ela.

Ao tratar da influência das negociações e emoções sobre a democracia deliberativa, Nino mostra que tais fatores podem, muitas vezes, representar um malefício na medida em que ensejam decisões parciais, movidas por paixões; mas, podem também ser responsáveis por importantes mudanças estruturais nos modos de decisão, em especial nos sistemas de governos representativos<sup>254</sup>. Para que a negociação e as emoções possam ser reivindicações legítimas no processo deliberativo elas devem se afirmar pela argumentação e não por seu poder agregador<sup>255</sup>. Vale dizer, se é inevitável que nos processos decisórios possa haver negociação e influência da emoção, é melhor que esses aspectos sejam incorporados ao processo e, assim, submetidos à sabatina argumentativa. Dessa forma, a negociação e a emoção podem até mesmo ser benéficas ao processo de discussão pública, pois permitem a identificação das justificativas levadas a cabo no processo de deliberação. Busca-se, assim, a justificação das propostas e decisões perante os demais sujeitos e grupos. Desta maneira, uma proposta apaixonada ou obtida mediante barganha não pode ser acatada ou sancionada tendo a negociação ou a situação emocionante do momento como próprio fundamento da decisão. Ainda assim, é preciso reconhecer que existe uma linha muito tênue que separa as decisões tomadas com base em negociações e situações de emoção daquelas que, de fato, foram submetidas a um processo genuíno de discussão pública. O que se defende é que em uma democracia deliberativa e em um processo de discussão e decisão é desejável que os sujeitos apresentem suas razões e argumentem de modo imparcial<sup>256</sup>.

No entanto, é certo que os indivíduos possuem suas preferências e interesses e, por isso, podem (e isso usualmente acontece) apresentar razões auto-

---

<sup>254</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 170-171. “Quiero defender aquí una visión de la democracia en la cual se asigna un rol a la negociación y a las manifestaciones de emociones, pero manteniendo para ellas un lugar subordinado a la argumentación en la promoción del poder epistémico del proceso de toma de decisiones mayoritarias.”

<sup>255</sup> *Ibidem*. p. 171. “Admitamos que con la ayuda de factores emocionales y negociaciones sobre la base del auto interés, el debate racional y las decisiones mayoritarias consiguientes no tenderían a ser soluciones imparciales. Sin embargo, el impacto beneficioso de estos aspectos de la democracia sobre su valor moral funciona solo a través de la argumentación.”

<sup>256</sup> MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 43.

interessadas. Parece muito difícil que um indivíduo argumente sempre de forma imparcial, como se tivesse que ser juiz de si próprio, de seus argumentos e de suas crenças. Além do mais, pretender tal postura seria demasiado exigente. Todavia, o que se pode exigir é que esse cidadão esteja aberto para o debate e, assim, discuta, delibere, apresente suas preferências, interesses e razões para que eles sejam postos à prova e, quiçá, aceitos<sup>257</sup>. Um cidadão responsável atua devidamente quando está aberto a escutar aos demais e entender seus argumentos. Mas para isso não necessita converter-se em um árbitro de seus próprios interesses, pois é ele parte, e não juiz, e não deve envergonhar-se dessa sua condição de parte. O que se pode reclamar às partes que estão em conflito, em discussão, é que estejam abertas a escutar a parte contrária e a dar-lhe as melhores razões possíveis sobre a posição que defendem<sup>258</sup>. Assim, a discussão pública ajuda a impedir ou prevenir a tomada de decisões parciais e viciadas.

Nino não se propõe a estabelecer todas as condições necessárias para que um argumento seja válido. Porém, pela via negativa aponta alguns argumentos que, usualmente, são utilizados e que, em verdade, nada representam ou fundamentam e, portanto, não podem ser utilizados em um processo de discussão e deliberação.

A simples expressão do desejo ou descrição do interesse não pode ser utilizada como argumento para fundamentar uma decisão, pois ela, em si, nada justifica. A referência a uma tradição, costume ou divindade pode, no máximo, servir de premissa ao processo de argumentação, porém, não serve como fundamentação, pois tradição e autoridade podem sempre ser postas à prova e questionadas. A proposição de normas que não sejam gerais e abstratas põe em xeque a imparcialidade de uma decisão fundada nestes termos, pois certamente estabelece uma discriminação injustificada. Propostas que são contrárias aos atos ordinários do proponente ou que se aplicam somente a uma situação particular (e não a outras similares) carecem de legitimidade, pois contradizem as posturas habituais do proponente e, seguramente, evidenciam um caso de seletividade infundada. De igual forma, propostas que desconsiderem as necessidades dos indivíduos não se

---

<sup>257</sup> GARGARELLA, Roberto. La república deliberativa de José Luis Martí. In: *Diritto & Questione Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009. p. 263.

sustentam, porque carecem de razões para serem criadas. Por fim, propostas que tentam resolver um conflito, mas são parciais, também carecem de legitimidade, pois não explicam as razões de suas parcialidades<sup>259</sup>.

Com isso, busca-se evidenciar que algumas condições que definem o caráter genuíno de um argumento, sem que definam sua validade, devem ser pressupostos de qualquer discussão. Ou seja, qualquer proposta egoísta pode ser apresentada sob a égide de um discurso coletivo, aparentemente imparcial. No entanto, estas disposições, que mostram como determinados argumentos não podem ser utilizados, tendem a minimizar ou ao menos expor como determinados argumento carecem de legitimidade.

Nino apresenta esses argumentos carecedores de legitimidade para coibir propostas parciais, egoístas, sem fundamento substancial, já que, quando postas em xeque perante a coletividade, tendem a ser questionadas e excluídas da decisão. Com isso, o autor não pretende defender uma teoria consensual ou majoritária da verdade fática, lógica ou filosófica, mas apenas mostrar como as questões morais, de interesse abrangente, quando postas em debate para um processo de deliberação, ajudam ao conhecimento da melhor resposta.

Dessa maneira, se de um lado a proposta de Nino busca fugir das decisões utilitaristas e parciais ao expô-las à sabatina argumentativa, por outro não consegue escapar ao fato de que em determinados momentos nem mesmo o procedimento legítimo pode impedir tais decisões. Por isso Nino se preocupa tanto com a defesa das minorias e com a busca e proteção de determinados valores morais, transformados em normas e impassíveis de questionamento. É justamente nesse ponto que Nino acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia.

A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação em uma ação comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, não podem usurpar determinadas conquistas, direitos e garantias estabelecidas pela Constituição. O que diferencia Nino (e, aqui, também deve-se incluir Roberto Gargarella) dos demais teóricos é que

---

<sup>258</sup> *Ibidem*. p. 265. Segundo Gargarella, “os bons cidadãos não são os que se convertem ou atuam como árbitro, senão aqueles que podem atuar como são – partes de um todo – sendo, por sua vez, respeitosos das regras que finalmente se convertem em lei para todos.”

<sup>259</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 171-172.

não pretende ele uma teoria que ignore esta tensão<sup>260</sup>. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela conviver. Por essa razão, Nino não acredita no consenso tão idealizado por Rawls ou Habermas, mas dá grande valor às decisões coletivas.

A teoria da democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino se funda, portanto, na capacidade epistemológica da discussão coletiva e da decisão majoritária para alcançar soluções moralmente corretas.

A capacidade epistemológica da democracia deliberativa fundada na discussão pública é importante porque a partir dela pode-se não apenas justificar parcialmente as democracias existentes, como também se pode utilizá-la como guia e parâmetro para transformar esse processo em um procedimento ainda mais democrático, inclusivo, plural e imparcial.

A deliberação é legítima se a inclusão das partes no processo de discussão e decisão se dá em pé de igualdade e sem pressões coercitivas; mediante o conhecimento dos termos fáticos do problema e de tal forma que as minorias não estejam incapacitadas de participar; em momentos em que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extremas<sup>261</sup>.

Nesse ponto, Nino se aproxima do que propõe Habermas em sua “situação ideal de fala”<sup>262</sup>. Diante disso, quando as condições para promover o valor epistêmico da democracia não são satisfeitas ela não alcança a sua completude. Tais condições devem ser cumpridas, na medida em que são elementos de

---

<sup>260</sup> Vale ressaltar que Roberto Gargarella ao tratar da democracia deliberativa e das maneiras de argumentar nesta seara, não ignora o cenário conflituoso e tampouco idealiza o sujeito. Ao contrário, o concebe como indivíduo situado e partícipe de certa comunidade, com todas as características que daí possa advir e adquirir. Vide: GARGARELLA, Roberto. La República Deliberativa de José Luis Martí. In: *Diritto & Questione Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica, n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

<sup>261</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p.180.

<sup>262</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. p. 153. CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009. p. 110-111. “Habermas parte do pressuposto de que sujeitos capazes de linguagem e ação estabelecem práticas argumentativas através das quais se asseguram intersubjetivamente e compartilham de um contexto comum, de um ‘mundo da vida’. O objetivo da ética discursiva habermasiana é explicar como é possível, frente a um conflito normativo, a obtenção de um acordo racionalmente motivado. Por isso, a ética discursiva recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento. Este modelo Habermas designa como situação ideal de fala e impõe uma série de condições: não limitação, ou seja, ausência de impedimentos à participação; não violência, inexistência de coações externas ou pressões internas; seriedade, todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.”.

justificação das democracias existentes e também são guias para o incremento de uma democracia mais aprofundada<sup>263</sup>.

Entretanto, é justamente na constatação de Nino de que muitas vezes setores da sociedade são impedidos de serem ouvidos que se verificam as interseções entre constitucionalismo e democracia. A democracia, como conquista e processo de tomada de decisões, insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações, enquanto o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação, por exemplo. No entanto, muitas vezes o constitucionalismo pode representar um freio à democracia. Outras vezes, o próprio procedimento democrático deixa de satisfazer direitos e exigências constitucionais.

## 2.4 O PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO-DELIBERATIVO E A SATISFAÇÃO PRÉVIA DE DIREITOS SUBSTANTIVOS (OU PROCEDIMENTALISMO COM SUBSTANCIALISMO)

A qualidade epistêmica das leis democráticas varia de acordo com o grau no qual os processos de discussão coletiva e de tomada de decisão estão baseados. Quando essas condições não são satisfeitas, as leis se tornam débeis, passíveis de questionamento. Dessa forma, para Nino, o valor epistêmico de uma democracia requer o cumprimento de certas condições e pré-requisitos, quais sejam: a participação livre e igual no processo de discussão e de tomada de decisões; a proposição e a sua justificação; a ausência de minorias isoladas; e a existência de um marco emocional apropriado para a argumentação<sup>264</sup>. Alguns desses pré-requisitos podem ser considerados a base de uma declaração de direitos ou, então, considerados como direitos *a priori* ao processo democrático<sup>265</sup>.

<sup>263</sup> NINO, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 180.

<sup>264</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 192.

<sup>265</sup> *Idem*. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 208-209. “Hay derechos que son condición para que el procedimiento democrático de discusión y decisión tenga algún valor epistémico. Si los participantes en el procedimiento no se pueden expresar libremente y en relativa igualdad de condiciones, si su vida o seguridad se pone en peligro con la defensa de ciertas posiciones, si están sujetos a los intereses de los demás, el procedimiento de intercambio de propuestas y decisión

A natureza destes direitos, *a priori*, cria problemas significativos, já que os direitos sociais podem ser encarados como a extensão natural dos direitos individuais clássicos<sup>266</sup>. Nino reconhece que desde o lugar de onde escreve (América Latina) esses direitos são violados por ações ou omissões, cotidianamente. Dessa forma, a liberdade e a igualdade, que são pré-condições essenciais do processo democrático, são postas em risco. Vale dizer, as pessoas que sofrem privações materiais têm sua participação limitada e(ou) excluída do processo de discussão e tomada de decisões<sup>267</sup>. Por isso, é importante que a própria democracia satisfaça esses direitos *a priori*, o que fará com que o processo democrático tenha seu valor aumentado ou reduzido de acordo com a sua aproximação ou distanciamento das exigências de uma discussão ampla e aberta, com a participação de todos os potencialmente afetados pela decisão a ser tomada, com as melhores condições de liberdade e igualdade e com a estrita observância e necessidade de se justificarem as propostas por meio de princípios públicos e não de meros interesses particulares<sup>268</sup>. Dessa forma, Nino tenta superar o conflito entre procedimentalismo e substancialismo, pois, para ele, os direitos fundamentais (que subjazem ao processo democrático-deliberativo) se situam no plano ontológico. A democracia deliberativa, por sua vez, se situa no plano epistemológico. Assim, não haveria conflito entre democracia deliberativa e direitos fundamentais, uma vez que pertencentes a planos diferentes<sup>269</sup>. No entanto, apesar da proposição de que os direitos fundamentais estão em um plano distinto do plano em que se encontra o processo democrático, ao

---

*mayoritaria carece de todo valor epistémico. Esto nos permite distinguir ciertos derechos como derechos a priori.*" Vide também: NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 192. "*El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites sin los cuales no existirá una razón para diferenciar los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación.*" Em fim, esses direitos *a priori*, para Nino, podem ser associados aos juízos *a priori* de Kant, cujo conhecimento se dá por meio de um método transcendental de investigação das pré-condições do conhecimento empírico. Estes direitos são reconhecidos por serem pré-condições para o conhecimento do resto da moralidade intersubjetiva, incluindo outros direitos. Vale ressaltar aqui também a importante e necessária crítica do Comunitarismo e do Republicanismo, que vêem as virtudes cívicas como condições necessárias para o procedimento democrático.

<sup>266</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 209.

<sup>267</sup> *Idem*. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 193.

<sup>268</sup> *Idem*. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p.210.

<sup>269</sup> *Ibidem*. p. 208.



estabelecer certos direitos como condição do próprio processo democrático-deliberativo (direitos *a priori*) esse conflito entre procedimentalismo e substancialismo parece não se resolver, mas, ao contrário, ressurgir<sup>270</sup>.

Essa tentativa de instituir um conjunto de direitos básicos e extraí-los em maior ou menor grau do processo democrático é típica do liberalismo que tenta conciliar o ideal democrático com a ideia de direitos substantivos básicos. Assim como Nino, John Rawls adota essa estratégia ao diferenciar as condições de justiça (*constitutional essentials*) e o âmbito da democracia<sup>271</sup>; Ronald Dworkin concebe certos direitos como trunfos (e, portanto, prévios ao processo democrático)<sup>272</sup>. Jürgen Habermas também o faz, ao estabelecer uma compreensão indissociável entre autonomia pública e autonomia privada, entendendo-as como indissociáveis e co-originais<sup>273</sup>.

O que se percebe é que essa tensão é permanente, não se resolve e, ao final, conforme José Luis Martí, tem-se um substancialismo fraco, que dê uma pequena preferência à garantia de direitos substantivos (como John Rawls<sup>274</sup> e Ronald Dworkin<sup>275</sup>), ou um procedimentalismo fraco, que dê uma pequena preferência ao procedimento democrático (como Jürgen Habermas<sup>276</sup>, Joshua Cohen<sup>277</sup> ou Jeremy Waldron<sup>278</sup>)<sup>279</sup>.

<sup>270</sup> Nesse sentido, José Luis Martí mostra como essa tensão representa um conflito circular. Vide: MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa – una teoría de la democracia*. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 119.

<sup>271</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 221-223/272-281

<sup>272</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: University Press, 1984. p.152. Vide também: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XV/127-203.

<sup>273</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 139.

<sup>274</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Vide também: RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

<sup>275</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Vide também: DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>276</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>277</sup> COHEN, Joshua. Deliberation and democracy deliberative. In: PETTIT, Philip; HANLIN, Alan (Orgs.). *The good polity: normative analysis of the state*. London: Blackwell, 1989.

<sup>278</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

<sup>279</sup> MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa – una teoría de la democracia*. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 155-156.

Ora, se a democracia deliberativa, tal como vem sendo apresentada e defendida neste trabalho, se justifica como epistêmica, é porque ela é concebida como o procedimento mais adequado e confiável para se chegar a uma decisão coletiva imparcial e legítima. E ela assim o é porque é o método que melhor trata a todos os cidadãos e envolvidos no processo de discussão e decisão com igual respeito e consideração (igual autonomia política e igual dignidade). Mas, se ao fim e ao cabo ela pressupõe uma justificação substantiva (o tratamento valorativo e igualitário que ela supõe e confere aos indivíduos), pode-se concluir que não há justificação epistêmica da democracia deliberativa sem uma justificação substantiva anterior que a respalde. No entanto, essa pressuposição substantiva não subtrai da democracia deliberativa o seu caráter epistêmico, procedimental (a sua confiabilidade como melhor procedimento democrático de tomada de decisões) e, tampouco, o faz supérfluo ou desnecessário. Ao contrário, o caráter epistêmico da democracia deliberativa é importante porque, ainda que pressuponha um fundamento substantivo, é o procedimento democrático de decisão que mais abre espaço à participação coletiva, à incorporação, antes e depois do voto, de momentos e espaços para a argumentação pública sobre as razões que justificam a adoção de uma decisão (ou sua revisão, uma vez tomada tal decisão). Além do mais, uma justificação meramente substantiva careceria dos benefícios que a justificação epistêmica produz – um procedimento amplo, imparcial e que melhor desenvolva justamente esses princípios substantivos.

Dessa forma, se direitos substantivos são adotados como fundamento intrínseco ao processo democrático, então se pode concluir que não apenas as justificações epistêmicas e substanciais se pressupõem na fundamentação da democracia deliberativa, mas que não há justificação epistêmica sem uma justificação substancial<sup>280</sup>. Ademais, é difícil conceber uma teoria democrática e uma

---

<sup>280</sup> Para uma leitura crítica e aprofundada sobre essa relação entre justificação epistêmica e justificação substantiva da democracia deliberativa vide: GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria* - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. v. 14. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005. MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 177-214. BAYÓN, Juan Carlos. ¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica? In: *Diritto & Questione Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009. p. 198-225. MORESO, José Juan. Las virtudes epistémicas de la república deliberativa. In: *Diritto & Questione Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009. p. 315-320.

teoria da decisão (e, ainda mais, uma teoria democrática da decisão) que não esteja, de alguma forma, vinculada a uma fundamentação substantiva. E isso não impede a defesa da democracia deliberativa, como teoria e prática (procedimental) da busca por decisões legítimas e democráticas.

Todo esse raciocínio e conclusão são importantes porque assim se deixa clara a posição aqui adotada. Vale dizer, dá-se preferência à concepção deliberativa de democracia e, conseqüentemente, à sua fundamentação e exigências procedimentais, mesmo que tal fundamentação e exigências estejam vinculadas a considerações substantivas<sup>281</sup>.

Nino, apesar de defender a satisfação prévia de direitos substantivos e encontrar o limite do processo democrático-deliberativo na autonomia do sujeito, entende ser possível defender uma concepção que outorgue uma pequena prioridade ao procedimento democrático. Isso porque Nino deixa claro que se for necessário satisfazer todas as pré-condições do processo democrático-deliberativo para outorgar valor epistêmico a esse processo, restariam muito poucas questões a serem definidas pela democracia. Ou seja, não se pode exacerbar o fortalecimento das pré-condições a tal ponto que a sua ação diga respeito somente a questões do próprio processo, a questões de coordenação, pois o conhecimento dos direitos, a

---

<sup>281</sup> Vale ressaltar aqui a diferença existente entre os princípios estruturais da democracia, compreendidos como as propriedades características da democracia (liberdade dos participantes, igualdade formal entre os sujeitos, participação, argumentação etc.) e os direitos *a priori*, compreendidos como pré-condições do processo democrático. Os princípios estruturais da democracia são as propriedades formais do processo democrático, constituem e definem a democracia. Os direitos *a priori*, ao contrário, são as condições que devem ser garantidas, alcançadas para que a democracia seja possível, são suas condições de possibilidade. E, dessa forma, muitas vezes, serão também condições necessárias de um ou mais princípios estruturais da democracia. Essa distinção é importante para se evitar o comum equívoco de se considerar autores defensores do processo democrático majoritário (e, portanto, desconfiados e refratários à jurisdição constitucional) como sujeitos despreocupados com a proteção de direitos necessários ao processo democrático. Ao contrário, e é o que aqui se defende, é plenamente possível defender e adotar uma postura que leve em consideração as condições substantivas necessárias para a existência da democracia (satisfação e garantia de direitos *a priori*) e, no entanto, na dimensão do processo democrático de decisão, defender e adotar uma postura majoritária, que respeite a regra da maioria (sempre cuidando com os direitos da minoria). Sobre essa distinção entre os princípios estruturais do processo democrático e os direitos compreendidos como condição do processo democrático, bem como a possibilidade de se defender uma postura substancial relativa às garantias das pré-condições para o processo democrático e uma postura majoritária relativa ao processo democrático de decisão vide: MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 88-108. Vide ainda: SILVA, Luís Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia* – um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 216-217.

*priori*, seria inacessível se o procedimento fosse epistemologicamente estéril<sup>282</sup>. Daí a proposição de Nino de que o valor epistêmico da democracia não se outorga segundo o critério de tudo ou nada, mas, sim, de forma gradual. Vale dizer, a falta de satisfação completa das condições *a priori* pode privar o processo democrático de algum grau de valor, mas não, necessariamente, quita a sua validade total<sup>283</sup>. E é justamente essa justificação epistemológica da democracia, a qual tem por função definir o conteúdo dos direitos e o valor do próprio processo democrático, que faz de Nino um autor que possibilita a aposta no procedimento democrático-deliberativo.

Nesse mesmo sentido, Roberto Gargarella, ao fazer uma leitura comparativa entre as propostas de John Rawls<sup>284</sup>, Bruce Ackerman<sup>285</sup>, Samuel Freeman<sup>286</sup> e Jeremy Waldron<sup>287</sup>, deixa transparecer que o compromisso com o igual *status* conferido aos sujeitos é, justamente, reafirmado pelo processo democrático<sup>288</sup>. Ou seja, é porque os sujeitos são considerados iguais que o debate e a decisão democráticos são possíveis. Tal afirmação não rechaça, de forma alguma, um compromisso forte com os direitos, mas, ao contrário, é a expressão desse compromisso robusto<sup>289</sup>. E é justamente porque há um dissenso sobre o significado e conteúdo desses direitos que o debate democrático é imprescindível, pois somente por meio dele se poderá estabelecer o valor e o alcance desses direitos<sup>290</sup>.

Autores como Rawls ou Freeman ainda poderiam alegar que o apelo a procedimentos majoritários, sob condições em que o entendimento público sobre os requisitos da soberania democrática encontra-se enfraquecido ou em conflito, levaria a um resultado fraco, débil e vacilante. Entretanto, Gargarella mostra que se autores como Rawls ou Freeman querem que suas posições sejam aceitas deveriam, antes,

<sup>282</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 193. Vide também: NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 195.

<sup>283</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 194.

<sup>284</sup> RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971; *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

<sup>285</sup> ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: *Yale Law Journal*. v. 93, 1984; *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

<sup>286</sup> FREEMAN, Samuel. Reasons and Agreements in Social Contract Views. In: *Philosophy and Public Affairs*, v. 19, n. 02, 1990. p. 122-157; Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution. In: *Philosophy and Public Affairs*, V. 21, N. 01. p. 03-42.

<sup>287</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxfor: Clarendon Press, 1999.

<sup>288</sup> GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria* - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. v. 14. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

<sup>289</sup> *Ibidem*. p. 12.

comprovar que, de fato, os déficits que imputam aos procedimentos majoritários, e em especial o debate produzido no âmbito legislativo, não serão reproduzidos no âmbito do Poder Judiciário. Pois, também os Tribunais tomam decisões de forma dividida, fracionada, por intermédio de maiorias frágeis e dissidentes. Além disso, os argumentos e justificativas do Poder Judiciário são (e devem ser) sempre mais limitados. Os juízes e debates jurisdicionais, ao contrário dos debates populares e legislativos, não podem recorrer a concepções amplas de bem, não podem fundamentar suas decisões com argumentos que não pertençam à esfera pública<sup>291</sup>. Aos juízes compete um discurso de aplicação e não de justificação<sup>292</sup>.

Diante disso, surgem muitas questões que suscitam uma postura crítica ante o Poder Judiciário: por que razões pensar que o Poder Judiciário vá, de fato, aceitar as restrições argumentativas que a teoria político-jurídica (defendida pelos próprios autores substantivos que defendem um maior protagonismo dos juízes) lhes impõe? Por que acreditar que os juízes irão, efetivamente, afirmar e não negar o igual *status* de cada cidadão? Por isso, Gargarella propõe uma postura crítica diante de qualquer proposta destinada a delegar a autoridade interpretativa do povo, dos cidadãos, aos juízes<sup>293</sup>.

Ainda que haja um dissenso sobre o significado e conteúdo dos direitos, pode-se e deve-se alcançar um acordo sobre o procedimento que irá definir o valor e o alcance desses direitos. Dessa forma, pode-se encarar o procedimento democrático como condição necessária da legitimidade da decisão, enquanto os direitos que o fundamentam, a satisfação desses direitos, irão justamente definir o

---

<sup>290</sup> *Ibidem*. p. 13.

<sup>291</sup> GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria* - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. v. 14. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005. p.13.

<sup>292</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 361-413. GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa Publicaciones Periódicas. n. 17-18. 1995. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. p. 286-302. Acesso em: 05 out 2010. Vide ainda: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 269 – 295. Para uma análise crítica da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação no Brasil vide: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 224 – 253. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate* – o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163 – 233.

<sup>293</sup> GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria* - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. v. 14. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005. p. 14.

valor epistêmico (e, também, a consequente legitimidade) do processo democrático-deliberativo<sup>294</sup>. É precisamente porque há uma discordância entre os sujeitos que, falar, discutir e deliberar são ações necessárias.

A única forma de se resolverem os problemas de coexistência, as diferenças sobre o conteúdo dos direitos e do próprio processo democrático de tomada de decisão é mediante o diálogo mútuo sobre referidos problemas<sup>295</sup>. Ou seja, é porque há uma pluralidade inegável, diferenças tão profundas (quicá, insuperáveis) que é necessário dialogar, discutir, comunicar. De tal forma que, ao fim e ao cabo, vale a máxima do paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”<sup>296</sup>. É o diálogo, a discussão e a deliberação que possibilitam essa comunicação que, devido às profundas diferenças existentes, em outro contexto não aconteceria. Desta maneira, deve-se sempre encarar o processo democrático como um procedimento contínuo (*ongoing*). O processo nunca se detém, novas razões sempre podem ser analisadas (a favor ou contra a decisão tomada) de tal forma que o resultado do processo não é nunca, necessariamente, permanente. O consenso é, assim, um consenso que se sabe provisório e a decisão é uma decisão que se sabe sempre precária.

Essa difícil relação entre substância e procedimento, pré-condições (direitos *a priori*) e deliberação democrática não precisa, necessariamente, ser dissolvida, resolvida, pois essa tensão não tira do processo democrático-deliberativo seu valor e sua importância. Mais do que satisfazer todos os princípios e as pré-condições da democracia (o que seria muito difícil e demasiado ideal) para somente após se iniciar o processo, há que se reconhecer, de saída, um patamar mínimo que por meio do processo (ou por causa dele) se satisfaz. Vale dizer, deve-se buscar um equilíbrio gradual que permita a satisfação progressiva do ideal democrático, uma vez que as restrições impostas pelas pré-condições se atenuam na medida em que

---

<sup>294</sup> MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 169.

<sup>295</sup> MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 172.

<sup>296</sup> NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*. v. 1. n. 1. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2001. p. 11-20.

o próprio processo democrático, paulatinamente, se refere a elas<sup>297 298</sup>.

## 2.4 PRÁTICAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: MINIPÚBLICOS, ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E CONSELHOS

O processo democrático-deliberativo com valor epistêmico não é ideal, senão real e, evidentemente, deve se preocupar com a complexa realidade fática e social contemporânea<sup>299</sup>. As situações enfrentadas pelas sociedades e governos atuais são bastante difíceis devido, por exemplo, às diferenças abismais existentes entre os cidadãos e o tempo quase inexistente que estes dedicam à defesa de seus interesses na esfera pública. Somado a isso, as exigências técnicas de conhecimento para a deliberação de certos temas, a inevitável formação de grupos orientados à defesa de seus próprios interesses não somente são situações inevitáveis, como também dificultam o processo de deliberação e decisão. Mesmo assim, Nino pensa sua teoria preocupada com complexidades das sociedades contemporâneas, em especial, com as dificuldades dos países latino-americanos<sup>300</sup>. É a partir desse pressuposto e da fundamentação teórica acima esboçada que se pode pensar em práticas políticas democráticas e deliberativas.

O repensar dessas práticas democráticas, em geral, se concentra sobre as instituições, a partir de sugestões de novos arranjos institucionais e de poder (como, por exemplo, uma nova estrutura legislativa ou o controle do Poder Judiciário etc.),

<sup>297</sup> MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa* – una teoría de la democracia. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 122.

<sup>298</sup> É importante ressaltar, no entanto, que conceber o valor epistêmico, prático, da democracia deliberativa como algo gradual, e não de tudo ou nada, não é algo óbvio e fácil. A distinção entre o ideal e as condições de realização desse ideal não é sempre expressa, evidente. Muitas vezes, estar perto de um ideal a ser alcançado não significa necessariamente uma boa situação ou um bom resultado. Por vezes, uma situação de completa ausência desse ideal a ser atingido é o que gera consciência e ação para alterar tal situação. Num contexto de relativa desigualdade, por exemplo, talvez fosse muito mais difícil lograr alterações estruturais na política democrática do que num contexto de completa desigualdade, onde as dinâmicas ativadoras da percepção da desigualdade possivelmente funcionassem muito mais vigorosamente. Para uma leitura crítica do valor gradual da democracia deliberativa, vide: OVEJERO, Félix. ¿Deliberación en dosis? In: *Diritto & Questione Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica, n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009. p. 323-332.

<sup>299</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 183.

<sup>300</sup> *Idem*. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 07-12.

quase sempre baseadas em teorias abrangentes e complexas<sup>301</sup>. No entanto, sem ignorar ou menosprezar essas discussões sobre a (re)estruturação da esfera pública, pode-se chamar atenção, concomitantemente, para projetos e práticas menores, porém também efetivos nesse repensar. Esses projetos e práticas consistem em reunir os cidadãos, sejam poucos, sejam muitos, para deliberações públicas organizadas de maneira autoconsciente, o que Archon Fung chama de minipúblicos.

Esses minipúblicos podem funcionar de diversas maneiras: reuniões (regionais, municipais etc.), associações, grupos reformistas etc. Os minipúblicos são importantes porque eles representam, atualmente, os esforços construtivos mais promissores para o engajamento cívico e a deliberação pública na política contemporânea. Ademais, tendo em vista a enorme pluralidade e diversidade política, econômica, social, cultural etc., fortalecer e aprofundar diversos minipúblicos pode ser mais fácil e eficaz do que modificar e aprimorar um grande público<sup>302</sup>. Até mesmo para se repensar novos arranjos institucionais que incentivem e promovam uma participação pública, deliberativa, maior e mais efetiva, é útil saber como funciona a deliberação em âmbitos menores, mais restritos e específicos. Essa prática é importante porque ela traz também consigo e inclui em suas discussões e propostas, a responsabilidade pública, justiça social, administração efetiva e mobilização popular. Os minipúblicos contribuem, assim, para o projeto democrático, para o revigoramento da esfera pública, modelando o ideal que se quer alcançar e aprimorando a qualidade da participação e da deliberação públicas<sup>303</sup>.

Segundo Archon Fung, a primeira escolha a ser feita na formação de um minipúblico é estabelecer sua função. Responder ao que se presta um minipúblico já revela quais contornos esse espaço irá assumir. Pode-se entender o minipúblico

---

<sup>301</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa – una teoría de la democracia*. Madri: Marcial Pons, 2006.

<sup>302</sup> FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004. p. 174. Com minipúblicos, Archon Fung busca aprimorar a ideia de Robert Dahl de um *minipopulus* e a ideia de Jack Nagel de *Assembleias Deliberativas de Base Aleatória*. A noção de minipúblicos de Fung é mais profunda porque busca congregar as ideias anteriores, tornando sua proposta de minipúblicos mais inclusiva e ligada à sociedade civil e ao Estado.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 175.



como “fórum educativo”<sup>304</sup>, preocupado em criar condições quase ideais de diálogo. Assim, os cidadãos formariam, articulariam e refinariam opiniões em igual condição, o que qualificaria a opinião pública. As enquetes deliberativas também podem ser situadas no âmbito do fórum educativo e já se mostraram como instrumento hábil a estimular discussões, incrementando e transformando as opiniões dos participantes<sup>305</sup>.

Além da função de aperfeiçoar opiniões, os minipúblicos podem desenvolver relações com os responsáveis pela tomada de decisão, de maneira que os consensos obtidos nesses minipúblicos sirvam de informação ao Estado. Este segundo tipo de minipúblico é chamado de “conselho consultivo participativo” e busca possibilitar participação popular e conferir legitimidade social às decisões governamentais<sup>306</sup>. Há também os minipúblicos criados como “cooperação para a resolução participativa de um problema”, cujo pressuposto é um relacionamento contínuo entre cidadãos e agentes políticos que desejam resolver um mesmo problema<sup>307</sup>. O Estado apresenta suas propostas para a resolução dos problemas enquanto os cidadãos contribuem na proposição de novas soluções para problemas coletivos e na responsabilização do Estado por suas ações (*accountability* social). Um quarto padrão de minipúblico se forma pela “governança participativa”, cujo objetivo é inserir a população na formulação das políticas públicas, tal como ocorre, por exemplo, com o orçamento participativo praticado em alguns municípios brasileiros<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> *Ibidem*. p. 176.

<sup>305</sup> *Ibidem*. p. 191. As enquetes deliberativas têm sido estudadas e aplicadas por James S. Fishkin como forma de se estabelecer a discussão e deliberação populares sobre diversos temas. Vide: FISHKIN, James S. *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*. New Haven and London: Yale University Press, 1991; FISHKIN, James S. *The Voice of the People – Public Opinion & Democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1995; FISHKIN, James S. *When the People Speak – Deliberative Democracy & Public Consultation*. New York: Oxford University Press, 2009; FISHKIN, James S.; ACKERMAN, Bruce. *Deliberation Day*. New Haven and London: Yale University Press, 2004.

<sup>306</sup> FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004. p. 176.

<sup>307</sup> *Ibidem*. p. 177.

<sup>308</sup> *Ibidem*. p.177. Um exemplo desse tipo de situação em que condições de tempo e socioeconômicas privilegiam cidadão mais abastados se deu com a discussão sobre o Plano de Saúde do Oregon, nos Estados Unidos. A participação popular contou majoritariamente com o envolvimento de cidadãos tipicamente ricos e altamente instruídos, visto que a participação era voluntária e poucos esforços foram direcionados para obter adesão em comunidades menos favorecidas que não dispunham de tanto tempo ou recursos financeiros para poder participar.

Estabelecida a função do minipúblico, segundo Archon Fung, há que se selecionar seus participantes. O mecanismo mais comum é a autoseleção voluntária. Ou seja, participam aqueles que assim desejaram. A vontade de participar, entretanto, esbarra na disposição de tempo, interesse e recursos. Essas condições e possibilidades comprometem de saída, porém, a igual representação, restringindo, assim, o espaço público aos cidadãos que em geral possuem um *status* mais elevado (pois dispõem de mais tempo e condições econômicas e, assim, têm mais possibilidade de participação). Esse desequilíbrio pode ser contornado por meio de ações afirmativas, como maior divulgação das reuniões em comunidades que seriam sub-representadas e disposição de recursos que facilitem a participação desses cidadãos, como, por exemplo, a utilização de equipamentos de informática que auxiliem as opiniões e posições dessas pessoas.

Após estabelecer a função e os participantes do minipúblico, é preciso estabelecer qual assunto será apreciado pelo debate público. Qualquer restrição já de antemão configuraria indevida restrição às liberdades de expressão e política. Matérias que demandam conhecimentos técnicos muito especializados prejudicam a discussão e a deliberação, sobretudo se não há a participação de intermediadores que solucionem as dúvidas dos cidadãos. Por isso, em geral devem ser escolhidas matérias de interesse público, que beneficiarão todos os potencialmente afetados pela decisão.

As decisões devem ser tomadas após a veiculação dos diferentes posicionamentos e deverão pautar-se pela força do melhor argumento<sup>309</sup>. Os minipúblicos devem gerar discussão, de modo que as posições apresentadas sejam ponderadas e refinadas. Desse processo podem resultar importantes benefícios, como o aprendizado público e a responsabilidade estatal (*accountability*)<sup>310</sup>. Aquele diz respeito à aquisição de conhecimento sobre estratégias e práticas políticas que poderão ser empregadas. Já a *accountability* atua como instrumento de pressão sobre os representantes, aumentando a transparência e legitimidade das decisões.

---

<sup>309</sup> FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004. p. 179.

<sup>310</sup> *Ibidem*. p. 182.

A frequência das reuniões deve ser ditada pelo próprio minipúblico. As reuniões voltadas à participação e decisão vinculativas deveriam ocorrer com maior frequência, visto que suas decisões exigem constante atualização. Mas a frequência das reuniões também está ligada à importância dada a elas pelo minipúblico e o efeito que elas possuem sobre a ação a ser tomada. Esta afirmação encontra respaldo quando analisadas as diferentes experiências de Orçamento Participativo, como em Porto Alegre e Recife. Na capital gaúcha, verificou-se o aumento da participação popular nas assembleias porque os cidadãos avaliavam que o dispêndio de tempo e esforço valiam a pena. A proliferação de Organizações encorajou a população a se empenhar em negociações e deliberações face a face<sup>311</sup>. Por outro lado, em Recife, que também adotou o Orçamento Participativo, as taxas de participação permaneceram baixas e uma das razões foi a pequena ênfase depositada nas reuniões de discussão e deliberação<sup>312</sup>.

Para Fung, um minipúblico é empoderado quando as deliberações tomadas por ele influenciam as decisões políticas<sup>313</sup>. Um minipúblico atuante, que influi sobre as decisões políticas contribui para um governo democrático ao estabelecer a ponte entre os anseios da população (mediante a deliberação pública) e ações estatais.

Um exemplo de minipúblico atuante e empoderado pode ser encontrado nos grupos que se formam para discutir e deliberar sobre o orçamento participativo. O orçamento participativo, assim, amplia a responsabilidade estatal e se mostra como um bom mecanismo de controle social sobre a alocação e aplicação das verbas públicas<sup>314</sup>.

O orçamento participativo foi adotado pelo município de Porto Alegre a partir de 1989 e, assim, subordinou a alocação de significativa parcela do orçamento municipal à tomada coletiva de decisões, combinando mecanismos diretos e

---

<sup>311</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências Institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 219.

<sup>312</sup> *Ibidem*. p. 225. Entende-se que "efeitos demonstração" positivos, baseados na deliberação, negociação e implementação respondem pelo aumento de participação como visto em Porto Alegre e Belo Horizonte. Contrariamente, baixos resultados em Recife não produziram o "efeito demonstração" necessário para alavancar o aumento da participação de cidadãos nas reuniões do OP.

<sup>313</sup> FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 182.

representativos<sup>315</sup>. Foram realizadas assembleias nos dezesseis distritos de Porto Alegre, das quais participaram residentes e integrantes do governo municipal. As discussões sobre o orçamento participativo ocorrem em duas rodadas de assembleias. Na primeira, o governo oferece aos cidadãos participantes informações técnicas e financeiras que servirão de base às decisões<sup>316</sup>. Líderes comunitários procuram convencer os demais sobre a necessidade de alocar recursos em áreas que, em geral, são de interesse da maior parte da população. O que caracteriza, portanto, o orçamento participativo é justamente promoção de uma política de deliberação pública e de uma cultura de direitos. Na segunda rodada de reuniões, após a definição de prioridades gerais do município, os participantes se reúnem em seus bairros para selecionar os projetos específicos que serão incluídos na agenda de obras públicas<sup>317</sup>. Dessas reuniões produz-se em um único orçamento municipal, ponderado e detalhado sobre cada uma das preferências dos distritos.<sup>318</sup> Em Porto Alegre, o orçamento participativo engloba todo o montante do orçamento cuja aplicação é discricionária – excluídos gastos com pessoal, dívidas e manutenção<sup>319</sup>. O que se vê é que o orçamento participativo, como minipúblico, além de estabelecer a alocação de recursos públicos segundo as preferências dos cidadãos, também exerce a função de monitoramento, pois as assembleias revisam a extensão e a qualidade da implementação das políticas públicas constantes no orçamento do ano anterior<sup>320</sup>. A lógica do minipúblico e do orçamento participativo incita a participação das camadas populares de baixo *status*, de modo que estas são sobre-representadas nas reuniões do Orçamento Participativo.<sup>321</sup> Os recursos são alocados para cada região de Porto Alegre conforme: i) população; ii) perfil socioeconômico; e iii) infraestrutura existente. Isso garante que regiões mais

---

<sup>314</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*. 2004. p. 221.

<sup>315</sup> FUNG, Archon. *Ibidem*. p. 199.

<sup>316</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*. p. 223.

<sup>317</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências Institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 222-223.

<sup>318</sup> FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p.199.

<sup>319</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*. p. 231.

<sup>320</sup> FUNG, Archon. *Ibidem*. p. 182.

<sup>321</sup> *Ibidem*. p. 199.

populosas, carentes e precárias recebam maior parcela do orçamento público, mas não determina a maneira como tais recursos serão aplicados<sup>322</sup>.

A experiência do orçamento participativo destacou-se por aumentar o nível de responsabilidade (*accountability*) oficial, diminuindo o desvio de verbas e ainda proporcionando aumento nos rendimentos fiscais. Resultado disso é que o governo, junto da participação popular, revestiu-se de maior legitimidade, promovendo mais justiça e eficácia no setor de obras públicas<sup>323</sup>.

O Orçamento Participativo de Porto Alegre, iniciado em 1989, caracterizou-se, assim, pela participação popular, deliberações e negociações públicas, bem como pelas distribuições de maiores recursos às regiões em desvantagem<sup>324</sup>. Seu desenho institucional reflete as estratégias de seus maiores defensores: resoluções imediatas pra problemas sociais e maior participação popular na tomada de decisões públicas que envolvem grandes parcelas da população.

No Brasil, somente entre 1997 e 2000, foram conduzidas 104 experiências de orçamento participativo.<sup>325</sup> Destas, 53 foram conduzidas em administrações do PT, 13 do PSDB, 11 do PSB, 9 do PMDB, 8 do PDT, 3 do PPS, 3 do PV, 2 do PTB e 2 do PFL. Em termos regionais, foram 47 no Sudeste, 39 no Sul, 14 no Nordeste, 03 no Norte e apenas 01 no Centro-Oeste. A comparação entre as experiências de orçamento participativo nos municípios de Porto Alegre (RS), Belo Horizonte (MG), Belém (PA), Campina Grande (PB), Itapeverica da Serra (SP) e Medianeira (PR), mostram a influência dos fatores tempo e maturidade sobre os resultados obtidos<sup>326</sup>.

A dimensão direta de participação, complementar ao sistema representativo, foi mais exitosa em cidades de maior dimensão: justamente nas cidades cuja população ultrapassa 1 milhão de habitantes.<sup>327</sup> Outro aspecto fundamental está ligado à vontade política do Poder Executivo em instituir e implementar o orçamento

---

<sup>322</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*. p. 222.

<sup>323</sup> FUNG, Archon. *Ibidem*. p. 200.

<sup>324</sup> WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências Institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 211.

<sup>325</sup> VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 245.

<sup>326</sup> *Ibidem*. p. 243.

<sup>327</sup> *Ibidem*. p. 247.

participativo. Os altos índices de cumprimento das decisões fruto do orçamento participativo em Porto Alegre e Belo Horizonte, por exemplo, podem ser atribuídos à conjugação de dois fatores: o compromisso da Prefeitura em cumprir as prioridades deliberadas e a arrecadação suficiente de verbas para viabilizar os investimentos<sup>328</sup>. Tempo e continuidade também são fatores determinantes para o sucesso do programa de orçamento participativo. Porto Alegre e Belo Horizonte, por exemplo, utilizam o orçamento participativo há mais de dez anos – este, desde 1993 e aquele, desde 1989<sup>329</sup>. Em ambos os municípios, são crescentes os níveis de participação e sofisticação, voltadas a superar limites de regionalização e incluir deliberações temáticas. É certo que dificuldades são encontradas durante os primeiros anos de implementação do orçamento participativo, os quais residem, principalmente, na criação de uma nova cultura de gestão da coisa pública e no incentivo ao envolvimento e participação dos cidadãos. Passado algum tempo, são colhidos resultados mais consistentes, seja na democratização formal e material do procedimento participativo, seja na distribuição dos recursos<sup>330</sup>.

Além do orçamento participativo, outro canal de participação política direta sobre as políticas públicas se dá por intermédio dos Conselhos estaduais e municipais especializados. É pela via desses Conselhos que a população consegue expressar suas necessidades, requisições, reclamações, influenciar a tomada de decisões e também exercer o controle social sobre a elaboração e realização de políticas públicas.

Nesse sentido, o Conselho Municipal de Saúde de Curitiba é um exemplo da possibilidade de participação política (democrático-deliberativa) da população do município de Curitiba em temas relativos à saúde. Essa participação tem um impacto direto sobre as políticas públicas de saúde e, assim, também sobre a própria população do município<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> *Ibidem*. p. 251.

<sup>329</sup> VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 252.

<sup>330</sup> *Ibidem*. p. 252.

<sup>331</sup> Para esta análise sobre os Conselhos estaduais e municipais e, em especial, sobre o Conselho Municipal de Saúde de Curitiba, foi utilizado o estudo teórico e prático organizado e realizado por Renato M. Perissinoto, Nelson Rosário de Souza e Mário Fuks. Vide: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

A competência legal desse tipo de Conselho é supervisionar a gestão governamental do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio de instrumentos deliberativos e fiscalizatórios. O Conselho Municipal de Saúde, basicamente, se faz presente na formulação e fiscalização das políticas públicas a serem executadas pelo SUS no município. Porém, os instrumentos de controle de que dispõe o Conselho são poucos e informais<sup>332</sup>. Apesar disso, a fiscalização não deixa de ser realizada e é exercida de outros modos – principalmente pela pressão feita sobre o governo na condição de instituição representante do interesse público<sup>333</sup>. Essa prática de fiscalização é possível e é favorecida, sobretudo, mediante a participação política equilibrada entre os segmentos que compõem o Conselho (membros do governo municipal, prestadores de serviços de saúde, cidadãos), a configuração de uma arena politicamente ativa e uma agenda voltada a vitórias e deliberações de teor impositivo<sup>334</sup>.

É interessante ressaltar que nas discussões e decisões plenárias do Conselho, em geral são os usuários que assumem a liderança nas intervenções, enquanto prestadores de serviço raramente emitem opiniões. Nesse processo de discussão há também a figura do visitante – atores da sociedade civil que não integram o Conselho, mas que participam das discussões. Há, ainda, a possibilidade de outras participações externas, tais como as realizadas por agentes do governo, que, em geral, se apresentam na condição de “quadro de apoio” para apresentar programas governamentais, esclarecimentos e pareceres<sup>335</sup>. Essa participação do visitante e do quadro de apoio (que não se confundem com o “quadro técnico” que compõe o Conselho) apenas mostra como o Conselho se configura como um espaço permeável à ampla participação em todos os seus momentos de tomada de decisão.

---

<sup>332</sup> Dessa forma, não havendo muitas possibilidades de se promoverem sanções efetivas, resta aos Conselhos recorrer a outras instituições e órgãos (em geral, o Poder Judiciário) para que estes tomem as providências adequadas.

<sup>333</sup> SCHEVISBISKI, Renata S.; SALES, Márcio R. da P.; FUKS, Mario. O controle social na política de saúde: um estudo sobre o Conselho Municipal de Saúde de Curitiba (1991-2001). In: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 106. Os Conselhos cumprem, neste caso, a função de “indutores de responsabilidade social”.

<sup>334</sup> *Ibidem*. p. 107.

<sup>335</sup> FUKS, Mario. Democracia e participação no Conselho Municipal de Saúde de Curitiba (1999-2001). In: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 30.

Todavia, não raro, o ideal de participação política equilibrada é frustrado devido a diferenças socioeconômicas (como renda e escolaridade)<sup>336</sup>. A ocorrência de desigualdades profundas prejudica, evidentemente, o desempenho das funções fiscalizadoras, pois impedem a veiculação de todos os interesses, sobretudo os dos sujeitos em situações de maior carência, no espaço público. A existência de desigualdades agudas reduz a participação popular à figura dos conselheiros, os quais muitas vezes não se interessam pelo exercício do controle social e necessidades de setores vulneráveis da população.

Apesar disso, é necessário destacar que nas discussões e decisões do Conselho há, em geral, a polarização entre usuários, de um lado, e agentes governamentais e gestores, de outro. E tal polarização tem se mostrado positiva e contribuído para o efetivo exercício do controle social, possibilitando que ideias e interesses (muitas vezes) divergentes sejam expostos, discutidos e decididos de forma ampla, coletiva e democrática.

Ao final, apesar da falta de instrumentos efetivos de fiscalização e controle e a existência de desigualdades socioeconômicas entre os participantes, o Conselho tem se mostrado um espaço aberto, plural, pelo qual é possível que a população tome parte direta nas discussões, decisões e controle social de políticas públicas de saúde no município.

O que essas experiências práticas de discussão e decisão coletivas mostram é que, de fato, é possível estabelecer um processo democrático-deliberativo e, por vezes, um processo democrático direto, sem representação ou mediações. São experiências, práticas, de minipúblicos, que têm influência direta sobre planejamentos e políticas públicas. É evidente que essas experiências e práticas possuem limitações, que o processo democrático-deliberativo não é isento de falhas. Não se trata de idealizar a democracia deliberativa. Mas, ao contrário, mostrar que as limitações existentes não tiram dessas práticas o seu valor. E é pelo estabelecimento de uma prática adequada, efetivamente democrática, que se deve lutar. Se essas experiências, esses minipúblicos mostram as limitações da prática democrático-deliberativa, é, no entanto, com fundamento e por meio da própria

---

<sup>336</sup> SCHEVISBISKI, Renata S.; SALES, Márcio R. da P.; FUKS, Mario. *Ibidem*. p. 107.



prática democrática e deliberativa que se deverá recuperar, fortalecer e revigorar esses importantes espaços.

Talvez seja justamente nesse recuperar da prática democrática que o Poder Judiciário tenha um importante papel a cumprir. Não no sentido de ditar as regras do jogo democrático, pois a ele não cabe esse papel, mas sim, no sentido de fazer tais regras serem respeitadas. E se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a teoria da democracia, a democracia deliberativa, tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional.

### 3 CARLOS SANTIAGO NINO, ROBERTO GARGARELLA E AS POSSIBILIDADES DA CONCEPÇÃO DELIBERATIVA DE DEMOCRACIA PARA A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

A concepção epistêmica e deliberativa de democracia aqui defendida indica o caminho e a direção a serem seguidos para também se pensar outra prática jurisdicional, que reconheça e busque um balanço entre o respeito pelos procedimentos democráticos e o respeito por direitos substantivos<sup>337</sup>. Nesse sentido, é relevante discutir o controle judicial de constitucionalidade das leis, como prática excepcional (Nino<sup>338</sup>) e as reformas institucionais necessárias para o seu exercício (Gargarella<sup>339</sup>). Da mesma forma, a democracia deliberativa implica, assim, um repensar sobre a efetividade, sindicabilidade e respostas dadas às demandas por direitos sociais (Gargarella<sup>340</sup>), bem como uma maneira diferente de se encarar os pleitos dos menos favorecidos e impossibilitados de se fazerem ouvir – pleitos esses geralmente feitos sob a forma de protesto (Gargarella<sup>341</sup>).

#### 3.1 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O poder dos tribunais para rever a constitucionalidade das leis elaboradas e

<sup>337</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 254.

<sup>338</sup> *Ibidem*. Vide também: NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

<sup>339</sup> GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004; *Crisis de la representación política*. México: Fontamara, 1999; *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996; *Nos los representantes – crítica a los fundamentos del sistema representativo*. 2ed. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010.

<sup>340</sup> *Idem*. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007; *Reformas Constitucionales en América Latina: de ayer a hoy*. Manuscrito, 2010; *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

<sup>341</sup> *Idem*. *Carta abierta sobre la intolerancia – apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Club de Cultura Socialista José Aricó, 2006; *De la Injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008; *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005; *Derecho y Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999; *El Derecho a Resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

sancionadas pelos órgãos democráticos é uma característica central das democracias constitucionais modernas. A ideia da revisão judicial das leis, concebida pelo juiz da Suprema Corte norte-americana John Marshall, em 1803 no caso *Marbury X Madison*, é e segue sendo, todavia, controversa<sup>342</sup>. A legitimidade do Poder Judiciário em geral e da Suprema Corte (no Brasil, do Supremo Tribunal Federal), em particular, para decidir sobre a constitucionalidade de uma lei não é lógica, automática, pois os juízes carecem de legitimidade democrática – eles não são eleitos pelo voto popular e não estão sujeitos a revisões periódicas de seus mandatos. Daí surge o já antigo, mas sempre atual problema sobre quem deve ter a última palavra na determinação das controvérsias constitucionais. Quando se confere ao Poder Judiciário essa tarefa, sua atuação é, assim, pressupostamente contramajoritária<sup>343</sup>.

Partindo de uma concepção deliberativa de democracia como a acima assinalada, quais seriam as implicações dessa corrente teórica sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis? Carlos Santiago Nino responde a essa questão afirmando que o controle de constitucionalidade operado pelo Poder Judiciário deve ser excepcional<sup>344</sup>. Roberto Gargarella, nesse mesmo sentido, pensa o controle de constitucionalidade não apenas como uma via excepcional, mas como uma atuação que pode, e deve, ser pensada de outra forma, com atuações que também possam incorporar outros métodos e sugerir novos arranjos institucionais<sup>345</sup>.

A superioridade do processo democrático epistêmico (aquele dotado de valor prático, empírico) para decidir questões morais controversas surge não pelo simples fato de ter o termo “democrático” em seu nome, mas sim pela satisfação de certas condições (positivas e negativas) que o processo deve cumprir. O procedimento democrático, portanto, não é uma atividade espontânea, mas o produto de uma série de regras. O valor epistêmico do processo democrático varia, assim, conforme diversos fatores, tais como a amplitude da participação, as condições sob as quais se deu essa participação, a exigência necessária de

---

<sup>342</sup> FRANK, John P. *Cases and materials on constitutional law*. Chicago: Callaghan & Company, 1952. p. 39-50.

<sup>343</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ed. New Heaven: Yale University Press, 1986. p. 16-17.

<sup>344</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 273-282.

liberdade e igualdade dos participantes etc. As regras do processo democrático devem assegurar que essas condições sejam respeitadas e satisfeitas para que as leis daí emanadas sejam, de fato, legítimas, produto de um verdadeiro e legítimo processo democrático-deliberativo<sup>346</sup>.

Surge, então, a questão sobre quem deve assegurar que essas regras do processo democrático sejam adequadamente cumpridas. Certamente essa função não pode ser exercida única e exclusivamente pelo próprio processo democrático, pois essa função de monitoramento poderia ser facilmente influenciada pelo descumprimento das regras e condições sob as quais se fundamenta o valor epistêmico da democracia. É assim que Nino, então, sugere que o Poder Judiciário exerça o controle de constitucionalidade das leis, a fim de garantir a legitimidade do processo democrático<sup>347</sup>. Mas de onde advém a legitimidade do Poder Judiciário para garantir essa legitimidade? Segundo Nino, todos podem avaliar o grau de legitimidade e respeito às normas democráticas em um processo de discussão e decisão. Dessa forma, o poder do juiz não difere do poder de qualquer cidadão que deve aplicar uma norma jurídica para justificar uma ação ou decisão. Tal constatação parece retirar completamente do Poder Judiciário sua legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade das leis. No entanto, é justamente quando os juízes desqualificam uma lei ou um decreto com base na Constituição que eles dão concretude a essa vontade majoritária, vontade essa anterior, expressada e permanentemente reafirmada pela Constituição. A Constituição tem, ainda, maior legitimidade democrática que as leis ordinárias e quando os juízes aplicam-na sobre as leis ordinárias, eles impõem a autoridade e capacidade epistêmica que a própria Constituição reflete<sup>348</sup>.

Entretanto, esse argumento de primazia da Constituição pode ser objetado a partir das experiências históricas que mostram como muitas constituições não foram elaboradas de forma democrática, com a participação majoritária da população. Ao contrário, muitas delas foram produtos de uma minoria, tais como a Constituição dos

---

<sup>345</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 173-194.

<sup>346</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 273.

<sup>347</sup> *Ibidem*. p. 274.

<sup>348</sup> NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 688.

Estados Unidos de 1787 ou a Constituição Brasileira de 1891<sup>349</sup>. Nesses processos constituintes, boa parte da população esteve ausente e impedida de participar da construção da Constituição. E ainda que uma Constituição seja resultado de um amplo e legítimo processo democrático, o passar do tempo pode tirar dela sua legitimidade, por já não representar mais as realidades e os anseios da presente geração.

É diante dessas críticas que Bruce Ackerman se propõe a justificar a legitimidade democrática da Constituição mediante a distinção entre os momentos constitucionais (decisões tomadas pelo povo) e os momentos de política ordinária (decisões tomadas pela política governamental)<sup>350</sup>. Dessa maneira, Ackerman defende que é o próprio povo quem deve decidir como governar-se, determinando, assim, o rumo a ser tomado pela sociedade. Porém, destaca, ainda, Ackerman, nem todas as decisões majoritárias devem ser igualmente consideradas. Há uma diferença substancial entre as decisões tomadas nos momentos constitucionais e as decisões majoritárias tomadas pelos representantes do povo – a política ordinária. As decisões constitucionais são aquelas tomadas em grandes momentos, quando o próprio povo funda a Constituição, realiza sua reforma e toma outras decisões igualmente importantes. Em segundo lugar estão as decisões tomadas pela sociedade em períodos convencionais, pela via da política ordinária, expressadas pelas leis nacionais e locais editadas pelo governo vigente. Para Ackerman, houve três momentos constitucionais na história dos Estados Unidos – o período de fundação, caracterizado pela edição da Constituição, da *Bill of Rights* e do surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*); o período da reconstrução, caracterizado pela guerra civil e mudanças que se seguiram posteriormente a ela; e o momento de confronto entre a política governamental e a Suprema Corte durante a implantação do *New Deal* e do Estado de Bem-Estar Social<sup>351</sup>.

É a partir dessa noção dualista da Constituição norte-americana que Ackerman justifica a atuação dos juízes sobre a constitucionalidade das leis. Vale

<sup>349</sup> NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 688.

<sup>350</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano* – fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 09.

<sup>351</sup> *Ibidem*. p. 07-08/60-77.

dizer, é importante que haja um órgão destinado a preservar as decisões mais fundamentais do povo diante das decisões elaboradas pela política democrática ordinária. É para preservar essas decisões constitucionais que a atuação jurisdicional deve existir. Dessa maneira, os juízes não atuariam de forma antidemocrática, senão democraticamente para evitar que leis ordinárias ofendam as decisões mais importantes tomadas pela sociedade<sup>352</sup>.

A teoria de Bruce Ackerman parece resolver alguns inconvenientes relativos ao controle de constitucionalidade, porém não escapa de algumas críticas. Por que estabelecer apenas dois níveis de ação política? É certo que nem todas as decisões políticas se encontram em um mesmo nível, mas também é certo que há decisões que possuem alta participação e compromisso social, e outras com caráter médio e fraco de participação e compromisso popular<sup>353</sup>. Outra objeção diz respeito à justificação da legitimidade do Poder Judiciário (e da Suprema Corte, em especial) como a instituição mais bem capacitada para conservar as decisões constitucionais tomadas pelo povo. Vale dizer, por que deixar nas mãos de um órgão essencialmente contramajoritário a guarda das vontades mais fundamentais do povo? Essas críticas mostram as dificuldades de sustentar a legitimidade do controle de constitucionalidade em face do valor epistêmico do processo democrático<sup>354</sup>.

É por conta dessas dificuldades que Nino propõe que o controle de constitucionalidade seja exercido de forma excepcional. Talvez seja possível rebater os argumentos que desqualificam o controle judicial de constitucionalidade das leis justamente a partir do valor epistêmico da democracia. Ou seja, se as condições necessárias para um legítimo processo democrático não se satisfazem, é de se supor que as leis advindas desse processo deficitário também não sejam legítimas. E nesse caso, os juízes devem, necessariamente, exercer o controle de constitucionalidade das leis em face da Constituição. Vale dizer, os juízes são obrigados a determinar em cada caso se as condições que fundamentaram o

---

<sup>352</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano* – fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10-13.

<sup>353</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 139. Vide também: NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 689-690.

<sup>354</sup> *Ibidem*. p. 139-140. Vide também: NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 691-692.

processo democrático foram satisfeitas de forma a conferir legitimidade e validade à lei promulgada<sup>355</sup>.

Os juízes devem exercer, portanto, o controle (excepcional) de constitucionalidade das leis. Porém esse controle não deve se limitar apenas às regras formais, mas deve ser comprometido com a observação das garantias materiais de legitimidade do processo de elaboração das leis. Como a intervenção do juiz é unidirecional, a sua atuação deve sempre ser dirigida à ampliação do processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade de atuação, mais igualdade de participação e oportunidades etc.<sup>356</sup>. É certo que os juízes podem estar equivocados sobre o funcionamento do processo democrático, mas o ponto mais importante de uma teoria procedimental do controle de constitucionalidade é justamente promover as condições que outorgam valor epistêmico ao processo democrático<sup>357</sup>.

Essa postura se aproxima da proposta procedimental de John Hart Ely, a qual, diante da dificuldade do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, propõe o exercício do controle de constitucionalidade das leis como ação de supervisão do processo democrático e de representação. Dessa forma, o controle judicial de constitucionalidade das leis deve ocorrer quando as esferas político-governamentais não funcionam adequadamente<sup>358</sup>. A importância da teoria de Ely e sua relação com a que aqui é desenvolvida e defendida é que esse autor põe a vontade majoritária como elemento central e prioritário de sua teoria em relação ao papel exercido pelo Poder Judiciário. São as maiorias e seus representantes, e não um grupo ilustrado de poucos juízes, que devem decidir como responder às questões morais e

---

<sup>355</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 693.

<sup>356</sup> *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 273.

<sup>357</sup> Como já visto no Capítulo 2, muitas dessas condições envolvem o conteúdo de direitos que são justamente condições de existência do próprio processo democrático – *direitos a priori*. Como visto anteriormente, é difícil estabelecer exatamente quais são os direitos *a priori* (que devem ser satisfeitos previamente) e quais são os direitos (*a posteriori*) que terão seu conteúdo e satisfação definidos pelo processo democrático. Quando se alcança certo patamar sobre a distribuição de direitos *a priori*, o processo democrático melhora. Por outro lado, se esse patamar não é alcançado, o processo democrático se torna débil e as soluções carecem de legitimidade. Ao fim e ao cabo, não há fórmula que resolva esse problema, e será no momento da decisão que aquele que toma a decisão (o Poder Judiciário) deverá avaliar as condições de legitimidade do processo democrático e da decisão. Vide: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003p. 275-276.

<sup>358</sup> ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. p. 128-230.

valorativas mais importantes de uma comunidade. Caberia, assim, ao Poder Judiciário zelar e impedir que se bloqueiem os canais de mudanças políticas e evitar a discriminação contra as minorias<sup>359</sup>. Dessa maneira, Ely conjuga dois elementos essenciais para a democracia – a defesa da regra da maioria e, ante a falibilidade dessa regra, a sua melhora, sua reparação (e não o seu enfraquecimento, a sua substituição ou abandono).

Ely parece, entretanto, partir de uma concepção pluralista de democracia. Ou seja, o poder e as instituições são organizados de tal forma que se possa assegurar certa estabilidade e de maneira que nenhum grupo domine ou oprima os demais. Entretanto, essa ideia de democracia não é, necessariamente, histórica ou faticamente verificada. Tampouco as instituições de uma sociedade refletem obrigatoriamente essa concepção de democracia.

Em contraposição a essa constatação, Cass Sunstein ressalta que as aspirações deliberativas de um sistema democrático requerem que os tribunais façam algo mais do que simplesmente estabelecer um sistema equitativo de competências<sup>360</sup>. A noção de estabilidade política defendida pelo pluralismo democrático adotado por J. H. Ely também é questionável. O objetivo de se assegurar o exercício do poder a diferentes grupos e evitar opressões sobre as minorias é essencial. Por outro lado, a preservação desta estabilidade deve levar em conta os interesses em favor desse equilíbrio. É possível que, nesse sentido, arranjos institucionais como a divisão de poderes, a assunção a cargos públicos etc., permitam que se façam ouvir e reproduzir apenas as vozes dos mais favorecidos e que se calem as vozes dos menos favorecidos ou daqueles que não possuem acesso a esse sistema institucional. Essa concepção pluralista de democracia e que possui um caráter eminentemente negativo (a democracia possui o papel de evitar o abuso de uns sobre os outros) é limitada. É preciso, pois, adotar uma concepção de

---

<sup>359</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p.153.

<sup>360</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 144. “A partir do compromisso com a democracia deliberativa, segue que os argumentos são especialmente fortes para um papel agressivo de Cortes em duas classes de litígios. A primeira envolve direitos que são fundamentais para o processo democrático e cuja violação tem poucas probabilidades de vir a ser remediada por meio da política. A interferência governamental com o direito ao voto ou com a liberdade de expressão requer uma proteção judicial ativa das condições precedentes para a deliberação política, igualdade política e cidadania. (...) Nesses casos, a cortes não devem adotar a atitude normal de deferência aos processos legislativos”.



democracia comprometida com ideais mais substantivos do que a mera restrição a opressões<sup>361</sup>.

De toda maneira, parece existir uma inevitável coincidência entre a teoria de John H. Ely em matéria de controle de constitucionalidade e a teoria da democracia deliberativa aqui desenvolvida. Ambas as posturas afirmam que devem ser os cidadãos e seus representantes, e não uma minoria de juízes, os responsáveis pelas questões morais mais relevantes que surgem em uma sociedade. Da mesma forma, ambas as teorias concordam com a importância da existência de um órgão que exerça a fiscalização e faça serem cumpridos os procedimentos democráticos.

Uma segunda exceção feita por Carlos Santiago Nino ao controle de constitucionalidade diz respeito à relação entre a democracia epistêmica e a proteção da autonomia individual<sup>362</sup>. Essa relação pode ser mais criticamente observada por meio de problemas cotidianos que surgem no estabelecimento de políticas públicas e leis ordinárias. Pense-se, por exemplo, se a maioria da população aderisse e elegesse um modo de vida particular (sem realizar qualquer restrição aos reclamos das minorias que não concordassem com dito estilo). Seria, então, possível impor a essa minoria o modo de vida desejado pela maior parte da população? Se a democracia deliberativa dotada de valor epistêmico é o melhor método para se tomar decisões imparciais de índole coletiva, então a resposta intuitiva é que seria, sim, possível obrigar uma minoria a adotar um determinado modo de vida escolhido pela maior parte da população.

Entretanto, tal postura possui uma contradição interna importante – se a democracia é, justamente, o processo que impede que um indivíduo imponha sua vontade pessoal sobre os demais em relação a um assunto que importe a todos, consequentemente é inaceitável que a comunidade imponha a alguns de seus membros decisões que têm a ver com planos de vida individuais. Se tal postura fosse admitida, acabaria por implodir o fundamento da própria democracia – a liberdade de cada indivíduo em se autogovernar e ser tratado com igual respeito e consideração em relação aos demais<sup>363</sup>. Problemas como esse podem ser mais bem

---

<sup>361</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional* – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 201.

<sup>362</sup> *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 277-280.

<sup>363</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 166.

compreendidos a partir da distinção entre moral pública e moral privada (por mais difícil e limiar que seja tal distinção).

A moral pública, intersubjetiva, consiste nos estandartes que permitem ou proíbem e avaliam as condutas exercidas pelos sujeitos e que repercutem sobre uma sociedade. A moral privada, pessoal, é autorreferente, diz respeito às permissões e proibições e avaliações de um sujeito sobre suas próprias condutas<sup>364</sup>. Diante dessa distinção, questões relacionadas à moral privada de um sujeito (a opção sexual, por exemplo) dizem respeito somente a ele, pois fazem parte e estão sujeitas à sua autonomia individual. Ou seja, não há ninguém melhor do que o próprio indivíduo para avaliar e escolher suas preferências privadas, particulares. Dessa forma, o processo democrático majoritário não pode intervir e impor a um sujeito uma forma de vida, um ideal de excelência humana ou uma concepção de bem<sup>365</sup>. Por outro lado, questões relacionadas à moral pública, intersubjetiva, que transcendem o âmbito da moral pública (a distribuição da riqueza, por exemplo) somente podem ser solucionadas mediante um processo público e democrático que envolva todos os potencialmente afetados por essa decisão. Assim, questões relacionadas à moral privada não podem, portanto, ser objeto de interferência do Poder Público, do Poder Judiciário ou qualquer autoridade política. O Poder Público e autoridades políticas somente podem intervir, de acordo e em respeito ao ordenamento jurídico, em questões de moral pública<sup>366</sup>.

É preciso ressaltar, no entanto, que essa distinção entre moral pública e moral privada não é sempre clara e pode mostrar-se difícil. Uma possível distinção entre elas pode ser feita a partir da análise de cada caso concreto, em que se deverá estabelecer se o argumento que condena determinada conduta (a opção sexual de um sujeito, o consumo de drogas etc.) pressupõe a adesão a um ideal particular de vida. Se a resposta for afirmativa, a intervenção estatal é descabida e, portanto, deve o Poder Judiciário exercer seu poder contramajoritário e declarar tal lei nula em defesa da autonomia privada do indivíduo. Outra maneira auxiliar para

---

<sup>364</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 92-128. Vide também: *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 278. Vide ainda: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 166-167.

<sup>365</sup> *Idem*. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 698.

<sup>366</sup> *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 280.

estabelecer essa distinção é analisar como a conduta privada de um sujeito influi ou causa danos no modo de vida particular dos demais (um sujeito religioso pode sentir-se ofendido ao ver um casal homossexual na rua). Essa suposta influência ou danos devem ser confrontados com a importância que a ação privada do sujeito tem sobre o plano de vida do ofendido. Se o dano produzido é relativamente insignificante (o desgosto de o sujeito ter de ver um casal homossexual) para o ofendido e não lhe impede de seguir com seu plano de vida, então não se pode justificar qualquer medida que interfira sobre a ação privada do sujeito.

O Poder Judiciário assume, então, um papel importante na solução desse tipo de questão, contribuindo para a defesa da cidadania, ao impedir a imposição de leis perfeccionistas e ao manter a integridade da autonomia dos indivíduos<sup>367</sup>.

A terceira exceção feita por Nino ao controle de constitucionalidade é o seu exercício em defesa da Constituição como prática social<sup>368</sup>. A ideia fundamental dessa possibilidade do controle de constitucionalidade é preservar a prática social refletida na Constituição e nas leis democraticamente editadas a fim de que essa prática e a ordem jurídica dela advinda sejam mais respeitadas e mais eficazes. Segundo Nino, é possível, por exemplo, que haja uma decisão que, do ponto de vista democrático, seja impecável (respeite todo o procedimento necessário, envolva efetiva participação etc.), mas atente contra o Estado de Direito. Dessa forma, mesmo que tal lei não ferisse direitos específicos dos sujeitos, ela debilitaria a Constituição como conquista e prática social e, assim, poria abaixo a eficácia das demais decisões democráticas. Diante disso, estaria o Poder Judiciário legitimado a intervir e declarar a inconstitucionalidade de tal lei a fim de garantir a preservação da Constituição como prática social<sup>369</sup>.

Todavia, além de pensar o controle de constitucionalidade como via excepcional para garantir a legitimidade do processo democrático, é preciso, também, repensar outras formas de se lidar com esse importante mecanismo jurídico. Nesse sentido, Roberto Gargarella mostra como a técnica do “reenvio” pode ser uma importante ferramenta e uma possibilidade de se matizar

<sup>367</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 171.

<sup>368</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 701-706. Vide também: *Idem*. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 280-282.

(democraticamente) o poder de última palavra que o Poder Judiciário quase sempre dispõe sobre questões constitucionais e, dessa forma, fortalecer o diálogo institucional<sup>370</sup>. Por esse mecanismo, o Poder Judiciário poderia reenviar uma lei julgada inconstitucional para que o Poder Legislativo revisse e repensasse tal lei<sup>371</sup>. Gargarella aponta para a possibilidade de haver um órgão, distinto do Poder Legislativo encarregado do controle de constitucionalidade das leis. Tal órgão poderia mostrar aos legisladores os erros cometidos na redação da lei ou reprová-la as justificativas que fundamentaram a edição de uma lei<sup>372</sup>.

Nesse sentido, a Constituição do Canadá de 1982 instituiu um mecanismo interessante – a cláusula *notwithstanding*<sup>373</sup>. Por meio dela, sem descuidar e desmerecer a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte, é possível fazer prevalecer a vontade majoritária. A cláusula *notwithstanding* é prevista pela Constituição canadense em seu art. 33, e por meio dela é, então, possível que o Poder Legislativo aprove, por intermédio de uma maioria qualificada, uma lei que, “não obstante”, colida com a declaração de direitos prevista em seu texto<sup>374</sup>. Há, no entanto, uma limitação temporal de até 05

<sup>369</sup> *Idem*, p.280-282.

<sup>370</sup> Sobre a fundamentação e importância (teórica e prática) do diálogo institucional vide: HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n. 01. Toronto: York University, 1997. Sobre a fundamentação e importância (teórica e prática) do diálogo institucional no Brasil, vide: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2008. Vide também: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>371</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p.173.

<sup>372</sup> *Ibidem*. p. 174-175.

<sup>373</sup> Sobre a cláusula *notwithstanding* vide: HAIGH, Richard; SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect?: an analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 37. n. 03. Toronto: York University, 1999; HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGTH, Wade K. Charter dialogue revisited or “Mucha Ado About Metaphors”. *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 45. n. 01. Toronto: York University, 2007; HOGG, Peter Wardell. *Constitutional law of Canadá*. 3ed. . Toronto: Carswell, 1992; HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Reply to “Six Degrees Of Dialogue”. *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 45. n. 01. Toronto: York University, 2007; HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n. 01. Toronto: York University, 1997; KAHANA, Tsvi. Understanding the notwithstanding mechanism. *In: The University of Toronto Law Journal*. v. 52. n. 02. Toronto: University of Toronto. 2002.

<sup>374</sup> Assim dispõe o art. 33 da Constituição canadense de 1982: “*Exception where express declaration* 33. (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. Operation of exception* (2) *An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. Five*

(cinco) anos para a vigência dessa cláusula e a sua utilização não se aplica a determinados temas (direitos relativos ao regime político democrático, liberdade de ir e vir etc.). A ideia, no entanto, não é invocar a cláusula *notwithstanding* a fim de afrontar o Poder Judiciário, mas ao contrário, encará-lo como parceiro na discussão sobre determinada posição em relação a uma lei<sup>375</sup>. Outro mecanismo interessante adotado pelo Canadá é a possibilidade de o Poder Legislativo consultar a Suprema Corte sobre determinadas questões na elaboração de uma lei – as *advisory opinions* emitidas pela Suprema Corte como orientação ao Parlamento<sup>376</sup>. Até mesmo os governos provinciais podem submeter determinadas questões para apreciação de suas Cortes de Apelação<sup>377</sup>.

A importância da cláusula *notwithstanding* e das *advisory opinions* reside na possibilidade que elas possuem de estabelecer um controle de constitucionalidade das leis que chame a atenção dos legisladores e dos cidadãos sobre as normas imperfeitas editadas. Dessa forma, pode-se pensar em um controle de constitucionalidade das leis que não apenas ajude a aperfeiçoar a produção legislativa, mas que também promova um valioso diálogo institucional<sup>378</sup>.

Esse modelo dialógico de se pensar a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade das leis, em particular, tem sido assumido e se manifestado em decisões inovadoras em Tribunais e Cortes Supremas de diversos países, tais

---

*year limitation (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. Re-enactment (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Five year limitation (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)".*

<sup>375</sup> KAHANA, Tsvi. Understanding the notwithstanding mechanism. In: *The University of Toronto Law Journal*. v. 52. n. 02. Toronto: University of Toronto. p. 225; p. 256/273. 2002. *[There is an] idea of a partnership between courts and legislatures. It suggests that when invoking the NM, the legislature should not view the court as its enemy but, rather, should work cooperatively with the court. It posits that in order to successfully foster a meaningful partnership between the courts and the legislatures, the legislatures must adhere to three notions. I refer to these notions as the 'partnership of respect,' the 'partnership of benefit,' and the 'partnership of last resort.' A partnership of respect implies that the legislature invokes the NM out of respect for the constitutional text and for the court. Respect for the constitutional text means that the decision to invoke the NM is based on the legislature's reading of the Constitution and not on the legislature's political preferences; respect for the court means that the legislature's decision to re-enact the legislation comes only after it has become conversant with the court's decision. The notion of a partnership of benefit requires that the legislature not use the NM until the country's highest court has ruled on the matter. It is only after the highest court has issued its decision that the legislature and the polity can benefit from a fully developed judicial voice. Finally, the notion of a partnership of last resort means that if the legislature has at its disposal other means with which to achieve its goal, such as enacting new legislation, it should not use the NM.*

<sup>376</sup> Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

<sup>377</sup> HOGG, Peter. Wardell. *Constitutional law of Canadá*. 3ed. Toronto: Carswell, 1992.

como Índia, África do Sul, Hungria, Colômbia ou Argentina<sup>379</sup>.

Na Colômbia, a Suprema Corte propôs a criação de diversos mecanismos destinados a promover o diálogo entre os Poderes, tais como a mesa de diálogo, na qual se reúnem representantes das diversas esferas de governo, empresas ou grupos particulares que têm interesse no conflito. Em casos de grande relevância institucional, a Corte Suprema estabeleceu pautas e prazos para a resolução da questão, ao invés de impor soluções concretas. Um exemplo de tal atuação se deu mediante a sentença ST-153 de 1998, em que a Corte estabeleceu um prazo ao governo para que resolvesse, segundo seus critérios e políticas públicas, a situação de abusos sistemáticos cometidos por agentes carcerários.

A Corte Suprema argentina também adotou decisões dialógicas, como a do caso “*Beatriz Silvia y otros X Estado Nacional y otros*”, na qual, diante dos graves danos causados ao meio ambiente pelo despejo de resíduos industriais no rio Matanza-Riachuelo, a Corte ordenou que as empresas contaminantes prestassem informações sobre os líquidos despejados no rio; que o Estado apresentasse um plano de ordenamento ambiental do local e estabelecesse um controle sobre as atividades industriais contaminantes – ações essas que deveriam ser avaliadas em uma audiência pública a ser realizada dentro do prazo de 03 (três) meses.

Esses exemplos (a cláusula *notwithstanding*, as *advisory opinions*, a decisão da Suprema Corte colombiana e a decisão da Suprema Corte argentina) mostram não apenas o exercício de uma prática jurisdicional mais democrática, mas também a diferença entre revisão judicial e supremacia judicial<sup>380</sup>. Revisão judicial é a atividade pela qual o Poder Judiciário (os juízes) revisa a validade das leis, das normas jurídicas e administrativas. A supremacia judicial está ligada à ideia de que os juízes têm de ter a última palavra sobre a interpretação e o significado da Constituição<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 175.

<sup>379</sup> GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 169-172/315-320. Vide também: GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 134-140.

<sup>380</sup> *Idem*. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 140.

<sup>381</sup> *Idem*, p.140.

Partindo-se de uma concepção deliberativa de democracia, sobram motivos para se criticar a supremacia judicial, sobretudo pelo seu desrespeito à ideia igualdade que subjaz ao respeito à vontade democrática.

A supremacia judicial viola a ideia de respeito igualitário, pois permite que uma minoria de juízes imponha suas próprias opiniões a toda população<sup>382</sup>. Os defensores de uma concepção deliberativa da democracia creem nas virtudes epistêmicas da discussão pública e, por isso, a supremacia judicial não é aceitável, pois se fundamenta, implicitamente, nas virtudes intelectuais de alguns poucos ao invés de se apoiar nas capacidades epistêmicas de todos os cidadãos. Ademais, a supremacia judicial contradiz um requisito fundamental da teoria democrática – o de que as questões públicas básicas devem sujeitar-se ao debate aberto e constante. O que a supremacia judicial faz é, justamente, estabelecer decisões finais sobre essas questões a partir da posição de alguns poucos juízes. Daí a necessidade de se retomar um diálogo entre os Poderes, de tal forma que esse diálogo recupere um igualitarismo que atualmente está ausente. Na prática institucional e cotidiana, esse diálogo é ausente ou então aparece desbalanceado para o lado incorreto, o lado do Poder Judiciário, o ramo menos democrático do governo<sup>383</sup>.

Outra crítica importante a ser levada em consideração quando se fala em controle de constitucionalidade é a motivação das decisões judiciais. Muitos intelectuais se dão por satisfeitos ao estabelecer modelos sobre como deveria ser o comportamento judicial. No entanto, os enunciados são insuficientes se os intelectuais querem, de fato, converter suas ideias em práticas institucionais. A teoria fica incompleta se não são mostradas as razões para fazer os juízes pensarem que podem agir de acordo com este ideal<sup>384</sup>. Pode-se pensar a atividade judicial a partir das mais diversas teorias que buscam justificar a atuação jurisdicional (o procedimentalismo de Ely, a escuta das minorias de Fiss ou minimalismo de Sunstein). Porém não há razões para acreditar que os juízes vão atuar coletivamente de acordo com as formas recomendadas. Isso acontece devido à falta de incentivos institucionais que levam os juízes a comportar-se da maneira proposta.

---

<sup>382</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad*: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 140-141.

<sup>383</sup> *Ibidem.* p. 141.

<sup>384</sup> *Ibidem.* p. 142.

Ou seja, a questão fundamental é “Por que os juízes renunciariam aos seus poderes e agiriam de acordo com as propostas dos acadêmicos?”. É por essa razão que os democratas-deliberativos se posicionam de forma muito crítica e cética em relação ao controle de constitucionalidade<sup>385</sup>. Esta situação persistirá enquanto se mantiver a ideia de supremacia judicial; enquanto não houver reformas institucionais destinadas a motivar os juízes a tomar decisões mais compatíveis com os fins da democracia deliberativa; enquanto o sistema institucional não se reorganizar de forma a estabelecer e privilegiar o estabelecimento de um diálogo genuíno e equitativo entre as diferentes esferas de Poder e entre estas e a população.

Essas diferentes propostas, mecanismos e decisões mostram como é possível se repensar o controle de constitucionalidade de tal forma que ele seja orientado à promoção de um diálogo institucional entre os Poderes e produza, assim, uma decisão epistemicamente mais democrática. Se a versão tradicional e dominante do controle de constitucionalidade (inclusive a brasileira<sup>386</sup>) coloca nas mãos do Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional, por outro lado, os mecanismos e as decisões mostrados acima tendem a eliminar ou ao menos matizar o déficit democrático da decisão judicial como última palavra.

Além disso, tais alternativas possibilitam que o Poder Judiciário provoque os demais Poderes a fim de que repensem a elaboração das leis e execução de políticas públicas que se mostrem inconstitucionais, sem, no entanto, substituí-los.

### 3.2 OS DIREITOS SOCIAIS

Constituições contemporâneas de países como Brasil, Argentina, Equador, Bolívia, quando comparadas com Constituições sintéticas como a dos Estados Unidos, são muitas vezes criticadas por trazerem em seu texto uma larga lista de

---

<sup>385</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 143.

<sup>386</sup> Conforme art. 102 e art. 103 da Constituição brasileira de 1988. Para uma análise sobre o controle de constitucionalidade no Brasil vide: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



direitos (políticos, sociais, culturais, econômicos etc.). É certo que a distância que separa as aspirações desses textos (que garantem tais direitos) da realidade (desigual) atual é bastante grande. No entanto, é graças à previsão constitucional desses direitos que muitos grupos marginalizados têm conseguido reclamar e muitas vezes fazer valer seus direitos fundamentais (índios, homossexuais, mulheres etc.)<sup>387</sup>. Se, por um lado, a inflação de direitos é um fato, por outro, isso não pode desqualificar automaticamente a expansão de direitos incorporada pelas novas constituições latino-americanas.

O que ocorre é que quando muitos desses direitos não estão presentes na Constituição, os juízes ante uma pretensa falta de respaldo escrito atuam e decidem como se tais direitos não existissem. Daí a importância de esses direitos estarem e permanecerem escritos, positivados. Não significa que eles se transformarão automaticamente em realidade, mas a sua ausência torna praticamente impossível a possibilidade de existência e efetivação desses direitos.

Gargarella chama esses direitos tão extensamente garantidos na letra da Constituição de “cláusulas adormecidas”. Os direitos em geral são garantidos por expressões universais, mas muitas vezes alguns desses direitos permanecem adormecidos. Não são nulos, mas por alguma razão apenas não estão sendo reclamados. Todavia, em algum momento alguém poderá reclamar esse direito universalmente válido (e que muitas vezes foi garantido para uma pequena parcela da sociedade – a propriedade, por exemplo). E então esse direito que não era requerido, ou estava à disposição de algumas poucas pessoas, poderá a partir desse momento ser concretizado para quem o reclama. E isso não poderá ser visto como uma anomalia, pois é produto direto de uma plataforma social compartilhada e prevista na Constituição<sup>388</sup>.

As decisões judiciais referentes à aplicação desses direitos sociais tão criticados e muitas vezes encarados como “cláusulas adormecidas” em geral (i) não levam em conta a teoria da democracia deliberativa, apesar de esta ter adquirido grande importância na teoria constitucional; (ii) apesar da sofisticação argumentativa que se tem alcançado em relação à democracia (como nos casos que envolvem

---

<sup>387</sup> GARGARELLA, Roberto. *Reformas constitucionales en América Latina: de ayer a hoy*. Manuscrito, 2010. p. 12.

<sup>388</sup> *Ibidem*. p. 13.

liberdade de expressão), é difícil encontrar uma refinada elaboração argumentativa sobre a democracia nos casos que envolvem direitos sociais; (iii) muitos juízes deixam clara sua obrigação de respeitar a democracia e, portanto, a vontade do legislador. Se o legislador não tomou iniciativa, não caberia ao Judiciário (e aos juízes) agir positivamente. Assim, justificam a sua incapacidade de intervir no processo de concretização dos direitos sociais e (iv) os juízes recorrem em geral a duas noções diversas de democracia para sustentar a sua impossibilidade de pôr em prática os direitos sociais – democracia pluralista e democracia populista/participativa.

Os juízes quando decidem pela não aplicação de direitos sociais reclamados em juízo também muitas vezes fundamentam suas decisões sob o argumento de que são direitos que têm alto custo (enquanto os direitos de liberdade ou políticos não têm custo algum). Outras vezes deixam de aplicar os direitos sociais sob o argumento de que se deve respeitar a separação de poderes e que para a efetivação de tais direitos deve haver a necessária atuação legislativa, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir nesse tipo de questão<sup>389</sup>.

Partindo dessa constatação, Gargarella concentra sua atenção nas duas noções de democracia comumente invocadas pelos juízes para, após, apresentar a sua proposta de atuação do Poder Judiciário fundada numa concepção deliberativa de democracia, a democracia pluralista e a democracia populista.

Os juízes que aderem à concepção pluralista de democracia partem do pressuposto de que (i) uma de suas principais obrigações é respeitar a vontade do povo; (ii) a sede da vontade do povo é a Constituição e (iii) não se efetivam os direitos sociais porque não foram positivados na Constituição (no caso dos Estados Unidos ou Alemanha, por exemplo).

Alexander Hamilton, em “Os Federalistas n. 78”, defendeu a ideia de que a vontade do povo residia na Constituição e não nas decisões transitórias do Legislativo<sup>390</sup>. No entanto, foi com o Ministro da Suprema Corte norte-americana John Marshall que essa visão foi transformada. A partir da decisão *Marbury X*

<sup>389</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 122.

<sup>390</sup> HAMILTON, Alexander. *Os Federalistas*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina; J. A. G. Albuquerque; Francisco C. Weffort. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

Madison, Marshall justificou o controle de constitucionalidade das leis e a possibilidade de o Poder Judiciário proteger a verdadeira vontade do povo estabelecida na Constituição. Assim, o Poder Judiciário poderia, em nome da proteção da Constituição como expressão da vontade popular, anular as leis que a ferissem. Essa visão de democracia vê a Constituição como limite e prevenção de abusos de uns sobre os outros<sup>391</sup>. Dessa forma, o sistema constitucional deve frear, impedir, a atuação de grupos de interesses. Por isso essa concepção de democracia é tão associada a uma baixa participação popular, pois a atuação de grupos socavaria a estabilidade política<sup>392</sup>. A partir daí, muitos juízes estabelecem uma interpretação constitucional restrita ao texto da Constituição ou ao que queriam dizer aqueles que originalmente redigiram a Constituição (teoria originalista) e assim se contrapõem a uma atuação positiva do Estado<sup>393</sup>.

A corrente democrática participativa (ou popular) parte do pressuposto de que (i) deve respeitar a vontade do povo; (ii) a sede da vontade do povo não está na Constituição, mas fora dela, no “aqui e agora”, e levando-se em conta que (iii) o povo “aqui e agora” não toma medidas para a aplicação dos direitos sociais devem os juízes respeitar essa decisão<sup>394</sup>.

Essa posição teve grande expressão durante a Revolução Francesa e durante a Guerra de Independência dos Estados Unidos. Os juízes deveriam ser a boca da lei; resolver os conflitos sem estabelecer qualquer conteúdo ou significado às leis ou à Constituição. Essa perspectiva de democracia exige uma comunidade que se autogoverne, com cidadãos ativos. Rousseau, Paine e Jefferson são teóricos representantes dessa vertente de democracia populista/participativa, que requer certas pré-condições sociais e econômicas<sup>395</sup>. Recentemente, muitos acadêmicos e juízes têm resgatado essa concepção de democracia em suas discussões sobre o papel dos juízes em matéria de direitos sociais. Foi o que aconteceu com a Corte

---

<sup>391</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 123.

<sup>392</sup> *Ibidem*. p. 124.

<sup>393</sup> *Ibidem*. p. 125. O caso norte-americano *Lochner X New York* é o mais representativo da corrente originalista. A partir dele a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu uma pré-disposição individualista ao considerar que o texto constitucional estabelecia uma proteção eminentemente individual e não coletiva em favor do poder de legislação do Estado.

<sup>394</sup> *Ibidem*. p. 126.

<sup>395</sup> *Ibidem*. p. 127.

Warren nos Estados Unidos durante os anos 50 e 60, a qual impôs uma agenda progressiva relativa aos direitos civis (direitos de liberdade de expressão, contra a discriminação etc.). Contrária a essa posição ativista, surgiram autores e juízes que contribuíram para a construção de uma postura federalista do constitucionalismo, segundo a qual os juízes deveriam respeitar as opiniões do povo, tal como expressas pelos parlamentos locais.

Dessa forma, utiliza-se o argumento democrático como fundamento para a não aplicação de direitos sociais que não são previstos expressamente pela Constituição norte-americana. No entanto, na América Latina as constituições contemporâneas incluíram expressamente em seus textos inúmeros direitos sociais. Mesmo assim, o argumento democrático tem sido invocado para sugerir a não atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais reclamados em Juízo<sup>396</sup>.

A concepção pluralista da democracia exige que os juízes invalidem quaisquer decisões que ponham em risco o direito de propriedade. As teorias populistas/participativas de democracia, por sua vez, exigem que os juízes respeitem a vontade dos legisladores. Assim, ambas as concepções de democracia (a primeira mais conservadora e a segunda mais progressista) caminham anacronicamente lado a lado na conservação de direitos políticos e individuais, mas na não efetivação dos direitos sociais<sup>397</sup>. Diante disso, é necessário, pois, perguntar a esses juízes por que se valeram de tais concepções de democracia e não de outras que os levariam a resultados diferentes. É preciso ainda que esses juízes demonstrem como chegaram às suas decisões partindo da teoria democrática em que se sustentam<sup>398</sup>.

Gargarella propõe repensar a atuação jurisdicional pertinente aos direitos sociais a partir de uma concepção deliberativa de democracia que se caracteriza por dois elementos fundamentais: (i) amplo processo de discussão coletiva para a aprovação de decisões públicas e (ii) intervenção no processo deliberativo de todos aqueles potencialmente afetados pelas decisões em jogo. A democracia deliberativa

---

<sup>396</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 128-129.

<sup>397</sup> *Ibidem*. p. 130.

<sup>398</sup> *Ibidem*. p. 131.

requer que as decisões públicas sejam fundadas sobre uma base consensual ampla, formada pela participação da sociedade. Dessa forma, quanto menores forem o alcance e a intensidade da participação cívica, menores serão as razões para se considerar o resultado final do processo deliberativo como imparcial.

O sistema político é muito sensível à pressão e tende a privilegiar certos grupos, o que afeta o seu caráter majoritário e imparcial<sup>399</sup>. Tais dificuldades devem fazer com que os defensores de uma concepção deliberativa de democracia se oponham a decisões que enfraqueçam a deliberação presente ou futura (decisões restritivas da deliberação) porque: (i) são produto de um sistema deliberativo disfuncional (decisões que resultam de um processo viciado); (ii) são o resultado circunstancial de um processo de decisão que não considerou argumentos relevantes ou que também não assegurou a justificação pública de suas conclusões (decisões baseadas em uma deliberação imperfeita)<sup>400</sup>.

Daí porque, é preciso verificar se o processo de tomada de decisões levou em conta a participação na discussão daqueles que serão afetados pela decisão final; a liberdade dos participantes em se expressar na deliberação; a igualdade de condições sob as quais se efetuou a participação dos interessados; a adequada justificação das propostas; a garantia de que o debate foi baseado em princípios e não em interesses particulares; a ausência de maiorias congeladas; o apoio da maioria às decisões. As regras do processo democrático devem assegurar essas condições para que o resultado desse processo seja confiável e conduza ao reconhecimento de princípios morais.

Isso mostra a necessidade de se organizar um sistema e mecanismos institucionais destinados a manter e aumentar o caráter deliberativo do processo democrático de tomada de decisão<sup>401</sup>. É a partir dessa ideia de democracia deliberativa que Gargarella então defende uma forma particular de controle judicial de constitucionalidade das leis, sobretudo no que diz respeito à aplicação dos direitos sociais. Nesse sentido, ele destaca o papel que os juízes desempenham nesse cenário e as diversas ferramentas de que dispõem para favorecer o bom

---

<sup>399</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 133.

<sup>400</sup> *Ibidem*. p. 131-132.

<sup>401</sup> *Ibidem*. p. 133.

funcionamento do processo deliberativo.

Como já visto acima, os juízes podem, por exemplo, suspender a aplicação de uma lei e devolvê-la ao Congresso, forçando-o a repensar essa lei; podem também declarar que um direito foi violado, sem impor aos legisladores uma solução concreta; podem declarar a violação de determinados direitos e que tal situação deva ser corrigida em um tempo estabelecido; podem sugerir ao legislador uma série de soluções alternativas deixando a decisão final nas mãos daqueles que foram legitimamente eleitos para essa decisão<sup>402</sup>.

O controle judicial de constitucionalidade das leis pode ser, então, um importante instrumento para enriquecer a deliberação pública sobre os direitos sociais. Da mesma forma, também o ativismo judicial na área de direitos sociais pode ser bastante relevante levando-se em conta a íntima relação existente entre direitos sociais e participação política. Conforme visto, uma adequada situação social, econômica e educacional constitui pré-condição necessária para uma participação livre e igualitária no processo político. Com isso, a ausência de políticas públicas destinadas a pôr em prática os direitos sociais dificulta o envolvimento político das pessoas mais carentes e, portanto, socava o valor total do processo democrático. Logo, não existem razões para se pensar que uma atuação jurisdicional nessa área esteja em conflito com a democracia. Ao contrário, também nesse âmbito os juízes podem ter um importante papel a cumprir.

Nesse mesmo sentido, Cass Sunstein<sup>403</sup> nega que o ativismo judicial na área de direitos sociais deixa de lado o critério democrático. Ao contrário, reconhecer a existência de compromissos constitucionais na área de direitos sociais e a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que de outra forma seriam ignorados na vida pública diária<sup>404</sup>.

Esse diferente modo de encarar a judicialização dos direitos sociais – de forma mais democrática e de modo a favorecer os processos diálogo e deliberação – pode ser verificado em diversas decisões judiciais.

---

<sup>402</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 134.

<sup>403</sup> SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004. p. 228.

Na África do Sul, o caso “*Grootboom*” se iniciou com uma ação promovida por 900 (novecentas) pessoas que viviam em condições de pobreza extrema, em barracos miseráveis e que reclamaram judicialmente seu direito à moradia. A Suprema Corte sul-africana então ordenou ao Estado a criação de um programa destinado a cumprir as suas obrigações constitucionais e que desse alívio às pessoas que não tinham acesso à terra, moradia e que viviam em condições intoleráveis<sup>405</sup>. O caso “Campanha de Ação de Tratamento” teve início após a decisão do governo sul-africano de proibir a distribuição de um remédio antiviral necessário ao combate da AIDS. Diante disso, a Suprema Corte sul-africana afirmou que o governo tinha a obrigação de criar e pôr em prática, levando-se em conta os recursos disponíveis, um programa para implementar progressivamente o direito de as mulheres grávidas terem acesso a serviços de saúde para combater a transmissão da AIDS da mãe para o filho.

Essas duas decisões mostram como os juízes podem contribuir enormemente para a discussão de assuntos públicos sem minar a democracia. A contribuição não está apenas no fato de a Corte trazer à tona assuntos até então ignorados pelas autoridades políticas, mas também no fato de como encontrar uma solução que respeite a autoridade do povo e de seus representantes.

A Suprema Corte da Índia representa um caso notável de anti formalismo, o que é um avanço para as reclamações ligadas aos direitos sociais, já que esses reclamos em geral esbarram em grandes barreiras e dificuldades para serem apresentados. Um grande exemplo dessa postura é a chamada “jurisdição epistolar”, segundo a qual uma simples carta (ao invés de uma petição formal) escrita a favor de um grupo desprotegido constitui condição suficiente para ativar um procedimento judicial perante a Suprema Corte. A Corte decidiu ainda que as regras de legitimação desenvolvidas com a jurisdição epistolar não eram suficientes e que as informações trazidas pelos reclamantes eram também muitas vezes incompletas. Criou, por isso, comissões sócio legais de informação, destinadas a assumir a função de comissários da Corte para fornecer-lhe informações mais detalhadas e

---

<sup>404</sup> GARGARELLA, Roberto. *Ibidem*. p. 135.

<sup>405</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 136.

precisas<sup>406</sup>. No caso “Azad Rickshaw Pullers Union X Punja”, a Corte decidiu por não anular uma polêmica lei, mas sim colaborar com o Congresso para uma nova redação a fim de criar uma norma mais adequada e inclusiva. Essa experiência indiana mostra como pode ser apropriado que o Poder Judiciário leve adiante certas medidas que estimulem outras esferas de governo a empreender debates e produzir respostas que resultam mais legítimas e efetivas<sup>407</sup>.

Na Colômbia, a Suprema Corte anulou diversas leis aprovadas sem debate público ou que não haviam sido produto de um processo razoável de deliberação pública. Em 2004, a Suprema Corte colombiana anulou, por exemplo, a lei chamada de “estatuto antiterrorista” ao constatar que mais de uma dezena de legisladores havia mudado de opinião de um dia para o outro sem dar nenhuma explicação pública sobre essa atitude. Outra técnica usada pela Corte colombiana para adequar suas decisões relativas a direitos sociais é a modulação dos efeitos das decisões. Com isso, ela busca harmonizar a necessidade de se preservar a Constituição com o respeito que a Corte tem para com as decisões do Legislativo. A sentença ST-025 de 2004 declarou inconstitucional a política de governo para os despejados em razão da violência praticada, pois era uma política ineficaz e insuficiente. Diante disso, não impôs uma forma estrita de corrigir o problema, mas determinou às autoridades competentes a adoção de uma nova política que estivesse de acordo com a Constituição colombiana e fez um acompanhamento próximo para assegurar que as medidas tomadas seriam eficazes<sup>408</sup>. Assim, a Suprema Corte reconheceu que eram o Congresso e o Poder Executivo e não o Poder Judiciário a instância responsável para decidir a melhor maneira de se pôr fim a esses abusos.

Atuando dessa forma, os juízes não optam nem pela passividade e o silêncio (como se fossem alheios aos conflitos constitucionais em jogo) e tampouco optam por um ativismo que imponha seus próprios critérios às maiorias democráticas (como se fossem legisladores)<sup>409</sup>. Ao contrário, ao agir democrática e deliberativamente, os juízes colaboram com essas maiorias para que elas possam

---

<sup>406</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derechos Sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 137.

<sup>407</sup> *Ibidem*. p. 138.

<sup>408</sup> *Ibidem*. p. 139.

<sup>409</sup> GARGARELLA, R. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 168.



melhor pensar e decidir. Ou seja, eles contribuem para o esclarecimento, refinamento e aproximação das posições, impedindo a um só tempo que os processos de tomada de decisão sejam meros procedimentos de fachada, artificiais, superficiais, a serviço de interesses e grupos particulares e que os Poderes Legislativo e Executivo se convertam num mero local de acordo entre os poderosos<sup>410</sup>.

### 3.3 O DIREITO AO PROTESTO

Partindo do pressuposto de que a democracia é um constante processo de re invenção de direitos e o conflito não pode jamais ser erradicado da sociedade<sup>411</sup>, como encarar esses conflitos que são constitutivos da democracia, do constitucionalismo e até mesmo da Constituição? É, sobretudo, com atos e movimentos de protesto que esses conflitos constitutivos do sistema constitucional-democrático são exibidos e exacerbados.

Dessa forma, protestos, manifestações, ganham importância, pois em geral são os sintomas mais claros de violação de direitos fundamentais e (ou) a única forma encontrada para se fazer ouvir num processo democrático que é surdo aos gritos dos sujeitos privados de condições mínimas e dignas de existência. Por essa razão, falar de Constitucionalismo e Democracia, em especial a democracia deliberativa, é também falar dos movimentos de protesto.

O sistema jurídico brasileiro promete tratar a todos como iguais, independentemente de qualquer distinção. Promete, ainda, a vedação de qualquer tratamento desumano ou degradante, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, da marginalização e se erige sobre o princípio democrático de Direito.

---

<sup>410</sup> *Ibidem*. p. 169. É claro que tal postura não ignora o fato de que a sindicabilidade dos direitos sociais enfrenta a dificuldades dada a escassez de recursos públicos. Tampouco passa ao largo da possibilidade de captação de recursos públicos por parte da classe média que, em geral, ingressa em juízo para requerer prestações do Estado que, de outra forma, lhes custaria demasiados e pesados custos. Sobre esse tema vide: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos – Direitos não nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>411</sup> LEFORT, Claude. *A invenção democrática – os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

Mas não basta prometer, é preciso comprometer-se. O descumprimento dessas promessas e compromissos – estes traduzidos em direitos – pode originar movimentos de protesto, que levam à reflexão sobre os conflitos contidos nas teorias constitucionais, sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, entre poder constituinte e poder constituído. Os protestos são verdadeiras janelas para a manifestação da democracia, a busca de um consenso (inatingível? provisório?) ou também para mostrar que é somente no dissenso que a democracia é verdadeiramente construída e operada.

Apesar da promessa constitucional de tratar a todos como iguais, grupos amplos das sociedades contemporâneas (em especial na América Latina) sofrem graves e sistemáticos maus-tratos. Isso os leva a viver em condições muito piores do que as do restante (uma minoria) da população e quase sempre por razões completamente alheias às suas responsabilidades. Se o Direito pretende honrar a promessa de tratar a todos como iguais, deve assegurar então àqueles que hoje são excluídos um tratamento mais atencioso. Enquanto isso não acontece, o Direito deve dar especial proteção aos que reclamam por ser tratados como iguais e deve, portanto, proteger e não calar os protestos. Daí a afirmação de Roberto Gargarella de que o direito ao protesto aparece, assim, como o “primeiro direito” – o direito de exigir a recuperação dos demais direitos<sup>412</sup>. Partindo dessa construção, Gargarella mostra que os bloqueios de estrada como forma de manifestação buscam, assim, chamar a atenção dos demais cidadãos sobre a gravidade de um determinado problema social<sup>413</sup>.

No entanto, o Poder Judiciário tem em geral proibido e punido esse tipo de protesto. A maioria das decisões que punem os protestos feitos por meio do bloqueio de estradas se baseia na previsão legal de que é vedada a interrupção da livre circulação de pessoas e meios de transporte. Os juízes também rechaçam o exercício do protesto sob o argumento de que os direitos dos manifestantes não são absolutos e não podem ofender os direitos dos demais<sup>414</sup>.

Todavia, em casos como os de bloqueios de estrada deve-se levar mais a sério o peso de um direito como o da liberdade de expressão. É certo que o

---

<sup>412</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta* – el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 19.

<sup>413</sup> *Ibidem*. p. 23.

exercício de um direito não pode importar na supressão de outro, mas é importante levar em conta que a liberdade de expressão é um dos primeiros e mais importantes fundamentos da estrutura democrática<sup>415</sup>. Vale ressaltar que são as ruas, os parques e as praças os lugares especialmente privilegiados para a expressão pública da cidadania<sup>416</sup>. Apesar das manifestações públicas causarem quase sempre algum tipo de moléstia (sujeira nas ruas pela distribuição de panfletos, lentidão ao trânsito de veículos etc.) elas devem ser toleradas em honra à liberdade de expressão (e tais moléstias devem ainda ser contornadas pelas autoridades públicas que devem manter as ruas limpas e organizar o trânsito). Em que pese os incômodos gerados pelos protestos, eles são uma forma privilegiada de expressão e devem sempre ter seu conteúdo, suas ideias resguardados<sup>417</sup>. É claro que os delitos que algumas vezes se cometem nesses atos de protesto (como a eventual quebra de patrimônio público, por exemplo) devem ser reprovados. Mas esses excessos não podem impedir a continuação das expressões públicas de cidadania<sup>418</sup>.

É preciso ressaltar, ainda, as dificuldades (formais e materiais) que a maioria dos grupos que realizam protestos tem para se expressar. Muitas parcelas da sociedade encontram graves dificuldades para tornar audíveis suas vozes e se fazerem escutar pelo poder político. Os atos de protesto e em especial os bloqueios de estrada mostram uma desesperada necessidade de tornar visíveis situações extremas que, aparentemente, e de outro modo, não alcançariam visibilidade pública. Daí a afirmação de Gargarella de que “é preocupante que um sistema democrático conviva com situações de miséria, mas é catastrófico que tais situações não possam traduzir-se em demandas diretas sobre o poder público”<sup>419</sup>.

Ademais, dizer que um grupo teve alguma possibilidade de se expressar não é um dado relevante para avaliar juridicamente, por exemplo, o bloqueio de uma estrada. Esse tipo de argumento somente exhibe o fato de que quem o alega não

---

<sup>414</sup> *Ibidem*. p. 25

<sup>415</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 26.

<sup>416</sup> Os casos “*Hague X Cio*”, 307 US 496 (1939) e “*Schneider X State*” 308 US 147 (1939) julgados pela Suprema Corte norte-americana se tornaram paradigmáticos ao reconhecerem as ruas, praças e parques como espaços destinados ao uso público para que as pessoas possam nesses lugares sempre se reunir, discutir e protestar sobre questões públicas.

<sup>417</sup> GARGARELLA, Roberto. *Ibidem*. p. 28.

<sup>418</sup> *Ibidem*. p. 29.

<sup>419</sup> *Ibidem*. p. 30.

respeita o dissenso. E isso não porque os demais cidadãos decidiram não escutar os protestos, mas porque numa comunidade que assim age, resta claro que não se asseguram os direitos básicos de exercer a crítica pública de um modo apropriado<sup>420</sup>. Como já havia constatado e decidido o Juiz da Suprema Corte norte-americana William Brennan, os métodos convencionais de petição podem, e em geral são, inacessíveis a muitos grupos de cidadãos. Aqueles que não controlam a televisão ou o rádio; os que não têm capacidade econômica para expressar suas ideias pelos jornais ou fazer circular panfletos podem ter um acesso muito limitado ao poder público<sup>421</sup>.

Em situações de protesto em que há o bloqueio de estrada, por exemplo, Gargarella mostra como há sempre a arguição de conflito entre direitos – o direito de os protestantes se manifestarem bloqueando as estradas e o direito dos cidadãos de circularem livremente pelas ruas e estradas. Diante disso, há quem defenda que o alcance dos direitos constitucionais se estabelece à luz de certos interesses coletivos como “o bem comum”; o “bem estar geral”; o “interesse nacional” etc. Os direitos, nesse caso, não possuem uma força moral intrínseca e parecem dependentes de valores externos a eles. Os juízes que aderem a essa posição em geral começam seus raciocínios e decisões com ideias tais como “não existem direitos ilimitados”, ou “o direito de cada um termina onde começa o do outro”. Afirmações como essas têm muito pouco conteúdo informativo e ainda menos conteúdo prescritivo. Essas frases postas simplesmente dessa maneira efetivamente não dizem nada, mas são muitas vezes utilizadas como argumento ou fundamentação final da decisão<sup>422</sup>. Tais expressões deveriam ser apenas o início de um raciocínio a ser desenvolvido detalhadamente. No entanto, têm sido utilizadas como a única e fundamental premissa para a resolução do caso. Sem que os juízes digam qual é o limite do direito rechaçado, o que fazer após a descoberta desse limite e por quais razões referido direito foi afastado eles nada terão dito, mas apenas decidido de forma superficial, rasa e infundada<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 30.

<sup>421</sup> *Ibidem*. p. 31.

<sup>422</sup> *Ibidem*. p. 34.

<sup>423</sup> *Idem*. *Carta abierta sobre la intolerancia – apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006. p. 15.

Essa postura nada diz sobre como enfrentar o conflito de direitos no caso concreto. Nesse sentido, decidir com base na ideia de que “nenhum direito é ilimitado” ou que “se deve honrar o bem comum” é interromper e pôr fim a uma manifestação ou preservar o conteúdo da denúncia feita sob forma de protesto? A pergunta apenas evidencia como as autoridades podem explorar a ambiguidade dos termos para impor decisões arbitrárias. Tampouco a disputa pela definição do conteúdo dessas noções oferece alguma resposta<sup>424</sup>. Ainda que houvesse um consenso sobre o sentido e o conteúdo dessas noções, tal postura negaria a possibilidade razoável de estabelecer mudanças nas convicções morais e nos costumes tradicionais da comunidade<sup>425</sup>.

Além de utilizar argumentos como os que foram vistos acima (apelação à ideia de que os direitos não são absolutos ou a noções de bem comum, interesse social etc.), muitos juízes fundamentam as restrições aos protestos e aos direitos dos manifestantes em nome dos direitos dos demais. Vale dizer, há um choque entre direitos e, assim, o direito dos manifestantes não pode se sobrepor ou impedir o exercício dos direitos dos demais. Dessa forma, há que se limitar o direito ao protesto de alguns porque é necessário proteger, ao mesmo tempo, o direito de terceiros a transitar livremente, a caminhar por ruas limpas etc.<sup>426</sup>.

Entretanto, esse tipo de afirmação, a exemplo do que se alega quando se diz que “nenhum direito é absoluto”, é apenas o início de um raciocínio que deve ser detalhadamente desenvolvido. É preciso, pois, justificar porque se irá dar prioridade de um direito sobre outro. Quando há uma situação de colisão entre direitos, é certo que um bem jurídico (tutelado pelo direito) será preterido em prol de outro no caso concreto. E, assim, é preciso justificar a prioridade de um direito sobre o outro, a defesa de um bem jurídico em detrimento do outro<sup>427</sup>.

Em casos de protestos que se realizam por meio do bloqueio de ruas e estradas há um conflito que envolve diversos direitos como o de liberdade de expressão, o direito de peticionar às autoridades, o de circular livremente, de ter as ruas limpas etc. Nesse tipo de situação, Gargarella defende a preservação e

---

<sup>424</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta* – el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 36.

<sup>425</sup> *Ibidem*. p. 37.

<sup>426</sup> GARGARELLA, R. *Carta abierta sobre la intolerancia* – apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006. p. 20.

sobreposição dos direitos ligados e mais próximos ao núcleo democrático da Constituição. Ou seja, se há dezenas de direitos em jogo, como comumente acontece em situações de protesto e bloqueios de estradas, deve-se fazer o máximo esforço para preservar os direitos mais intimamente ligados ao núcleo duro da Constituição. E para Gargarella, esse núcleo duro deve ser compreendido, em última análise, como as regras básicas do jogo democrático. Nesse núcleo duro, direitos como os vinculados à liberdade de expressão ocupam então um lugar central<sup>428</sup>.

Diante disso, se um cidadão ou um juiz precisarem saber o que fazer diante de difíceis situações de conflito entre direitos, uma boa resposta está na busca em determinar qual dos direitos em jogo estão mais vinculados ao núcleo democrático da Constituição<sup>429</sup>.

Nesse sentido, os direitos ligados a esse núcleo democrático da Constituição e também concebidos como trunfos<sup>430</sup> são pensados não como uma categoria dependente de outra (como o bem comum, por exemplo), mas como normas invioláveis e oponíveis contra qualquer sujeito, grupo e contra o próprio Estado<sup>431</sup>. É a partir desse compromisso que se sustenta o valor do sistema de procedimentos democráticos. Ou seja, a democracia tem um valor como instrumento de defesa da autonomia de cada um. O sistema democrático deve ser defendido, portanto, como o melhor meio que permite que a vida de cada um dependa fundamentalmente de suas escolhas e não da vontade arbitrária dos outros<sup>432</sup>. A democracia, assim, é o melhor meio para resolver questões fundamentais sem desonrar o compromisso inicial com o igual respeito e consideração por cada cidadão. Afirmar um compromisso com o procedimento democrático, para Gargarella, significa assumir um compromisso com um sistema de decisões organizado a partir de um debate público robusto<sup>433</sup>, da mesma forma como vem sendo defendido ao longo deste

---

<sup>427</sup> *Ibidem*. p. 21.

<sup>428</sup> GARGARELLA, R. *Carta abierta sobre la intolerancia* – apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006. p. 22.

<sup>429</sup> *Ibidem*. p. 22-23.

<sup>430</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: University Press, 1984. p.152. Vide também: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XV/127-203.

<sup>431</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta* – el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 38.

<sup>432</sup> *Ibidem*. p. 39.

<sup>433</sup> *Ibidem*. p. 40.

trabalho. Isso implica defender um arranjo institucional que, por exemplo, deixe de lado a censura prévia e assegure às distintas vozes que elas serão escutadas<sup>434</sup>.

Em situações de protestos realizados por meio de bloqueios de estrada, as autoridades judiciais têm a sua frente uma pluralidade de respostas possíveis: promover uma aproximação entre as partes; examinar a demanda dos manifestantes; ordenar a satisfação total ou parcial de alguns reclamos dos manifestantes; eventualmente pôr limite às formas de manifestação etc. Nesse sentido, a resposta penal é apenas uma das possibilidades existentes e deveria ser a última a ser aplicada<sup>435</sup>. Além disso, o que se observa é que os juízes parecem sempre inclinados a ignorar o conteúdo dos protestos e os direitos reclamados e, assim, acabam também por ignorar direitos como os de manifestação perante as autoridades públicas – um direito extremamente vinculado ao de liberdade de expressão e, portanto, intimamente ligado ao núcleo democrático da Constituição. É certo que o Estado pode e deve regular e restringir esse direito de manifestação, principalmente quanto ao “tempo, lugar e modo”. Mas isso deve servir apenas para realçar e não socavar os cuidados e atenções que o Estado deve ter para com os grupos e direitos reivindicados em forma de protesto. Os juízes deveriam, assim, considerar que a defesa de um debate público robusto requer oportunidades genuínas para que os cidadãos se expressem, principalmente aqueles que padecem de condições para expor seus reclamos<sup>436</sup>. Ademais, a contenção dos eventuais atos de violência não pode invalidar completamente todo o ato de protesto e tampouco o seu conteúdo. Quando os juízes dão valor somente a esses desvios, eles comprometem suas sentenças com um balanço de argumentos jurídicos viciados e, portanto, dificilmente aceitáveis<sup>437</sup>.

O que se conclui, diante disso, é que o direito ao protesto visto sob o prisma da democracia deliberativa, a partir da necessidade e defesa de um debate robusto, pode e deve ser encarado de outra maneira – não como moléstia à sociedade e seu funcionamento –, mas, ao contrário, como instrumento de luta pela efetivação de direitos sistematicamente negados àqueles que não conseguem se fazer ouvir. O

---

<sup>434</sup> *Ibidem*. p. 41.

<sup>435</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 43.

<sup>436</sup> *Ibidem*. p. 44.

<sup>437</sup> *Ibidem*. p. 45.

protesto deve também ser visto como momento e expressão da cidadania e, assim, deve ser resguardado e não calado. Vale dizer, antes de se impedi-los e criminalizá-los, há que se analisar a gravidade dos direitos afetados e as alternativas de expressão daqueles que protestam. Ante uma situação de colisão entre direitos, há sempre que se resguardar aqueles que estão mais próximos ao núcleo democrático da Constituição e as diversas possibilidades existentes para a solução do caso concreto – em que a resposta penal será apenas uma e, necessariamente, a última a poder ser utilizada.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*O Direito não mais praticado e só estudado é a porta da justiça*

*Walter Benjamin*

O que se traz aqui são apenas algumas considerações bastante pontuais, com o intuito de recolher a discussão teórica e prática esboçada ao longo do trabalho. O que se quis mostrar, ao fim e ao cabo, foi que a democracia deliberativa oferece um importante aporte para que possamos repensar o nosso constitucionalismo, para que ele seja cada vez mais democrático, cada vez mais produto de um processo coletivo e público de discussão, a fim de que o Direito seja, de fato, nosso, popular. Afinal, como diz a citação acima, se o Direito não for praticado (e praticado de forma radicalmente democrática), ele será sempre e apenas a porta que impede o acesso à justiça.

Do que foi exposto, pode-se concluir que a relação entre constitucionalismo e democracia encerra uma tensão irresolúvel e traz consigo ainda uma outra relação que a subjaz – a relação entre poder constituinte e soberania. Diante dessa difícil (e salutar) relação entre constitucionalismo e democracia, é possível encontrar no princípio da igualdade um caminho comum a ambos.

Dessa maneira, a igualdade assume um importante papel ao determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade e valor moral. Da mesma forma, todo sujeito tem o igual direito de interferir nas discussões e decisões públicas sobre os rumos de sua comunidade. Daí a importância de se pensar em uma teoria da democracia que confere a todos os sujeitos o mesmo valor.

A teoria da democracia deliberativa, em especial a construída por Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, permite que, assim, se tomem decisões imparciais e democráticas ao chamar todos os potenciais afetados pela decisão para participarem em pé de igualdade dos processos de discussão e decisão. E é justamente essa teoria da democracia deliberativa proposta por Nino e Gargarella que permite repensar o papel das práticas políticas, do constitucionalismo e suas práticas jurisdicionais.

A partir dessa perspectiva deliberativa de democracia, o controle judicial de constitucionalidade das leis pode e deve ser exercido de outra forma, mais aberta à

discussão, participação, mais afeita aos órgãos representativos do povo, de forma, em fim, mais democrática. Nesse mesmo sentido é possível repensar-se a eficácia dos direitos sociais, entendidos como direitos fundamentais necessários para a cooperação democrática e, portanto, como condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Quando tais direitos não são satisfeitos e nem se pode sequer requerê-los adequadamente, o protesto se mostra como via legítima, democraticamente possível e defensável para àqueles que sofrem sistemáticas violações e não são capazes de se fazer ouvir pelas vias institucionais e burocráticas.

Toda a discussão teórica realizada nesse trabalho e as experiências práticas apontadas servem para abrir possibilidades para que pensemos o nosso constitucionalismo, a nossa Constituição e a nossa prática jurisdicional. Se os autores aqui utilizados são guias importantes, devemos, no entanto, construir uma prática constitucional genuinamente nossa. Esse trabalho é a pavimentação do caminho e da abertura dessas novas possibilidades. Não serão esses autores que darão todas as respostas das quais precisamos. Mas podemos nos apropriar das reflexões deles para construir algo nosso (algo este, possibilidades, que não são objetos deste trabalho). Esses autores-guias nos ajudam, nos emprestam ideias, para que então (re)pensemos e reconstruamos a nossa prática constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation day*. New Haven and London: Yale University Press, 2004.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ALMEIDA PRADO, Anna Lia. *Tucídides – a história da Guerra do Peloponeso*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARENDT, Hannah. *On Revolution*. New York: Viking, 1963

ARISTÓTELES. *The complete works*. v. I & II. Metaphysics. Ed. by Jonathan Barnes. Princeton/ New Jersey: Princeton University, 1984.

\_\_\_\_\_. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BACHOF, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAYÓN, Juan Carlos. ¿Necesita la república deliberativa una justificación epistêmica? In: *Diritto & Questione Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova* [online]. n. 61. 2004. p. 05-24. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Jun 2010.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la Republica*. Trad. Gaspar de Añastro Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo e social democracia. *In*: Congreso de Derecho Constitucional y VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. 06 a 10 de febrero de 2006. *Anais...* Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa* – por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BURDEAU, Georges. *Traité de sciences politiques*. v. IV. Paris: LGDJ, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. *In*: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005.

\_\_\_\_\_; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *In*: *Revista Direito FGV*. v. 06, n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e Mexicana de 1917. *In*: Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar: O Direito do Trabalho e as Crises Capitalistas. 23 a 24 de junho de 2010. *Anais...* Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e modernidade* – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

\_\_\_\_\_. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 02 jan./jun. 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2006.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COHEN, Joshua. Deliberation and democracy deliberative. In: PETTIT, Philip; HANLIN, Alan (Orgs.). *The good polity: normative analysis of the state*. London: Blackwell, 1989.

\_\_\_\_\_. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Orgs.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge-Mass, London: MIT Press, 1997.

\_\_\_\_\_. Democracy and liberty. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

COLIN, Denise Ratmann Arruda. Assistência social: entre o favor e o direito num contexto de participação política democrática. In: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) debate* – o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A constituição de Weimar: um capítulo para a educação. *Educ. Soc.* [online]. 1998, vol.19, n. 63, p. 83-104. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010173301998000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010173301998000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Jun 2010.

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, Jessé. (Org.) *Democracia hoje* – novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2000.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Freedom's law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. *Sovereign virtue*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

\_\_\_\_\_. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denílson Luís; MELO, Rúion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza & Figli, 2009.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales – apuntes de historia de las constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

FISHKIN, James S; ACKERMAN, Bruce. *Deliberation day*. New Haven and London: Yale University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *Democracy and deliberation: new directions for democratic Reform*. New Haven and London: Yale University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. *The voice of the people – public opinion & democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. *When the people speak – deliberative democracy & public consultation*. New York: Oxford University Press, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

\_\_\_\_\_. Democracia e participação no Conselho Municipal de Saúde de Curitiba (1999-2001). In: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia – apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Club de Cultura Socialista José Aricó, 2006.

\_\_\_\_\_. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

\_\_\_\_\_. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

\_\_\_\_\_. *Crisis de la representación política*. México: Fontamara, 1999.

\_\_\_\_\_. *De la Injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

\_\_\_\_\_. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

\_\_\_\_\_. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

\_\_\_\_\_. El constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. v. 14. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

\_\_\_\_\_. *El derecho a la protesta – el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

\_\_\_\_\_. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.



\_\_\_\_\_. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

\_\_\_\_\_. La república deliberativa de José Luis Martí. *In: Diritto & Questione Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos legales de la desigualdad – el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.

\_\_\_\_\_. *Nos los representantes – crítica a los fundamentos del sistema representativo*. 2ed. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010.

\_\_\_\_\_. *Reformas constitucionales en América Latina: de ayer a hoy*. Manuscrito, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *In: Revista Direito FGV*. v. 06, N. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. *In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Orgs.). História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa Publicaciones Periódicas. n. 17-18, 1995. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf). Acesso em: 05 Out 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e v. II. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. Paradigms of law. *In: Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Edited by Michel Rosenfeld and Andrew Arato. University of California Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Rendondo. Madrid: Taurus, 1987.

HAIGH, Richard; SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect?: an analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 37. n. 03. Toronto: York University, 1999.

HAMILTON, Alexander. *Os federalistas*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina; J. A. G. Albuquerque; Francisco C. Weffort. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HOBBS, Thomaz. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGTH, Wade K. Charter Dialogue revisited or "Mucha Ado about metaphors". *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 45. n. 01. Toronto: York University, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constitutional law of Canadá*. 3ed. Toronto: Carswell, 1992.

\_\_\_\_\_; THORNTON, Alisson A. Reply to "Six degrees of dialogue". *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 45. n. 01. Toronto: York University, 2007.

\_\_\_\_\_; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between court and legislatures (or perhaps The charter of rights isn't such a bad thing after all). *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n. 01. Toronto: York University, 1997.

KAHANA, Tsvi. Understanding the notwithstanding mechanism. *In: The University of Toronto Law Journal*. v. 52. n. 02. Toronto: University of Toronto, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKY, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 41. Curitiba: UFPR, 2004.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. Rawls: “Uma teoria da justiça” e os seus críticos. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática – os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MADISON, James. *Os federalistas*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina; J. A. G. Albuquerque; Francisco C. Weffort. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa – una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MELO Rúrion Soares; WERLE, Denílson Luis (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) São Paulo. 2008. 224p. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHELMAN, Frank. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton University Press : Princeton, New Jersey, 1999.

\_\_\_\_\_. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princenton University Press, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORESO, José Juan. Las virtudes epistémicas de la república deliberativa. *In: Diritto & Questione Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *In: Revista Fórum Administrativo*. v. 1. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Derecho Constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

OQUENDO, Angel. Democracia deliberativa en Nino y Habermas. *In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Orgs.). Homenaje a Carlos Santiago Nino*. Buenos Aires: La Ley/Facultad de Derecho-UBA, 2008.

OVEJERO, Félix. ¿Deliberación en dosis? *In: Diritto & Questione Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 09. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

PETTIT, Philip. *Republicanism* - una teoría sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, 1999.

PETTIT, Philip; KUKATHAS, Chandran. *Rawls: “uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. *In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúion Soares (Orgs.). Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

\_\_\_\_\_. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REPOLÊS, Maria Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes e a esperança. *In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política*. 14ed. São Paulo: Ática, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSETTI, Andress. El derecho a la protesta social (o sobre la “flexibilidad” de los derechos). *In: Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba: Imprenta Universitaria, 2006.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrir: Alianza, 1992.

SCHEVISBISKI, Renata S.; SALES, Márcio R. da P.; FUKS, Mario. O controle social na política de saúde: um estudo sobre o Conselho Municipal de Saúde de Curitiba (1991-2001). In: FUKS, Mario; PERISSINOTO, Renato M.; SOUZA, Nelson Rosário de. (Orgs.) *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa - que é o Terceiro Estado?* Trad. Norma Azeredo. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hubner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Casimiro Pedro da. *A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembléias nacionais constituintes e do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2003.

STORING, Herbert. J. *The complete anti-federalist*. v. I. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *The second bill of rights: Franklin Delano Roosevelt's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. *In*: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. *In*: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008.